

**CHARLINE ZUCHELO DE MORAIS**

**PODER PARENTAL E GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO**

**CURITIBA**

**2007**

**CHARLINE ZUCHELO DE MORAIS**

**PODER PARENTAL E GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO**

**Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito. Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.**

**Orientador: Prof. Dr. Paulo Roberto Ribeiro Nalin**

**CURITIBA**

**2007**

## **RESUMO**

O presente trabalho analisa o modelo de atribuição da guarda de filhos denominado guarda compartilhada. A partir do estudo do instituto do poder parental e das modificações nele ocorridas a partir do advento da Constituição Federal de 1988 – e das legislações infraconstitucionais elaboradas a partir dos novos princípios com ela emergidos –, procura-se verificar a possibilidade de implantação desse novo regime de guarda, bem como as consequências daí advindas para todos os envolvidos, quais sejam, pais e filhos. A partir da análise de princípios reitores, tais como o supremo interesse do menor e a igualdade entre homem e mulher dentro da instituição familiar, analisa-se as vantagens e desvantagens da implantação do modelo da guarda compartilhada em relação à então predominante guarda unilateral.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	iii	
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	01	
 <b>1. O PODER PARENTAL</b>		
1.1 O pátrio poder dos romanos.....	03	
1.2 O pátrio poder de outros povos da Antiguidade.....	09	
1.3 O pátrio poder dos germanos.....	10	
1.4 O pátrio poder no antigo direito luso-brasileiro.....	12	
1.5 O pátrio poder no Código Civil de 1916.....	13	
1.6 O poder familiar no direito brasileiro atual.....	20	
1.6.1 <i>O poder familiar na situação de pais que não convivem</i> .....	31	
 <b>2. A GUARDA DE FILHOS</b>		
2.1 Conceito de guarda.....	35	
2.2 A guarda frente à evolução da sociedade.....	36	
2.3 Critérios para determinação da guarda.....	38	
2.4 Modalidades de guarda.....	43	
 <b>3. A GUARDA COMPARTILHADA</b>		
3.1 Conceito.....	47	
3.2 Possibilidade da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro atual....	50	
3.3 Vantagens da guarda compartilhada.....	54	
3.4 Desvantagens da guarda compartilhada.....	58	
3.5 Conseqüências da guarda compartilhada.....	62	
3.6 Projetos de lei sobre a guarda compartilhada no direito brasileiro.....	64	
 <b>CONCLUSÃO</b> .....		69
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	73	

## INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, muitos novos princípios foram introduzidos na ordem jurídica brasileira, traduzindo os anseios de uma sociedade modificada que já não admitia os valores e preceitos defendidos pelo Direito de até então.

Os novos princípios emergidos, como não poderia deixar de ser, espalharam-se por todo o ordenamento infraconstitucional, modificando diversos institutos dos mais diversos ramos do direito. O direito civil, em especial o direito de família, não poderia passar incólume a tantas alterações. Vários conceitos e dispositivos foram alterados a fim de se adaptarem a essa nova realidade. É o que podemos verificar no tratamento dado ao poder parental e à guarda de filhos.

O poder parental, embora se tenha mantido quase inalterado na letra dos dispositivos do Código, deve ser interpretado à luz dos princípios da supremacia do melhor interesse do menor (art. 227, CF) e da igualdade dos cônjuges para o exercício das atividades parentais (art. 226, § 5º, CF) garantidos em nossa Magna Carta. Assim, não há que se pensar na supremacia de um dos pais sobre o outro quanto à titularidade e o exercício da atividade parental.

A guarda de filhos, por sua vez, mesmo não se confundindo com o poder parental, dele recebe forte influência, pois suas regras embasarão a forma como a guarda de filhos será atribuída quando da ocorrência da ruptura do vínculo conjugal. A atribuição da guarda é que permitirá, efetivamente, o exercício do poder parental.

O que predomina hoje no Brasil é a modalidade de guarda de filhos denominada guarda exclusiva. Nela, a criança habita com um dos pais, o guardião, e visita o outro, o não-guardião, em dias predeterminados em acordo elaborado pelos próprios genitores ou por determinação judicial. O que se verifica, no entanto, nesse sistema, é a predominância de um dos pais sobre o outro, pois, embora ambos mantenham-se titulares do poder parental após a ruptura do vínculo conjugal, a falta de contato do pai não-guardião com o menor impede, ou ao menos dificulta enormemente, o exercício desse mesmo poder.

Verifica-se, portanto, que a atribuição da guarda na modalidade exclusiva fere profundamente os princípios trazidos pela Constituição da República de 1988 citados acima. Há a nítida predominância de um genitor sobre o outro no tocante aos cuidados com a criança e esta queda-se tolhida em seu direito de conviver com ambos os pais, convivência esta que lhe garante um pleno desenvolvimento físico e mental.

Nesse contexto, a guarda compartilhada surge como uma alternativa possível, uma vez que, ao pretender uma maior participação do pai não-guardião na vida e desenvolvimento da criança, o coloca em nível de importância se não igual, bastante semelhante ao do pai guardião. Além disso, visa possibilitar um contato maior da criança com seus dois genitores, o que lhe garante muitos benefícios.

É da modalidade da guarda compartilhada que iremos nos ocupar no presente trabalho. Para tanto, a presente monografia foi dividida em três capítulos:

No primeiro deles, por influenciar profundamente o modelo de aplicação da guarda, estudaremos o poder parental, seu conceito, evolução ao longo do tempo e conotação atual.

Após, no capítulo II, faremos uma rápida análise sobre o instituto da guarda de filhos. Já que esta constitui o gênero do qual a guarda compartilhada é espécie, seu estudo permite que tenhamos um conhecimento maior sobre o tema, para, assim, melhor nos dedicarmos à guarda compartilhada propriamente dita.

Por fim, no capítulo III, trataremos do estudo da guarda compartilhada, objeto do presente trabalho. Estudaremos seu conceito, conseqüências dela advindas, possibilidade de sua aplicação no direito brasileiro à luz dos princípios estampados na Constituição e dispositivos infraconstitucionais, dentre outras questões a ela relacionadas, para, por fim, concluirmos sobre suas vantagens e desvantagens em relação à modalidade da guarda exclusiva, atualmente predominante em nosso ordenamento jurídico.

## CAPÍTULO 1 – O PODER PARENTAL

O poder parental é um instituto jurídico bastante importante quando se trata de guarda de filhos. Embora com ela não se confunda, suas regras influenciam diretamente o modelo de sua aplicação. Por esse motivo, é que dedicamos um capítulo do presente trabalho para tratarmos especialmente do poder parental, sua origem, evolução e como ele se apresenta nos dias atuais, para então passarmos à análise do instituto da guarda de filhos e, logo em seguida, à modalidade da guarda compartilhada, objeto do presente trabalho.

### 1.1 O pátrio poder dos romanos

A antiga família romana baseava-se num vínculo de autoridade, da qual decorria o parentesco civil. Esse parentesco, baseado em relações de dependência, era denominado agnatício e trazia uma profunda desigualdade entre os indivíduos pertencentes ao corpo familiar.

Os laços de sangue (parentesco cognatício), ao menos no início da história de Roma, não tiveram grande relevância. O que se verificava é que pessoas consangüíneas poderiam pertencer a famílias diferentes; enquanto que pessoas sem nenhum vínculo de sangue poderiam constituir uma só família, desde que estivessem sujeitas à autoridade de um mesmo chefe.

Assim, em Roma, admitia-se duas espécies de parentesco: cogação e agnação. O primeiro constituía o parentesco por meio de laços de sangue. O segundo referia-se ao parentesco através da vinculação a que estavam sujeitas todas as pessoas dependentes de um mesmo *pater famílias*, mesmo que entre elas não houvessem laços biológicos. Prevaleceu, ao menos num primeiro momento, o parentesco por agnação, em detrimento do parentesco por cogação.

O chefe do grupo familiar, denominado *pater famílias*, era sempre o ascendente masculino comum mais velho vivo desse mesmo grupo. O poder por ele exercido era chamado de *patria potestas*.

O *pater* era pessoa *sui juris*, ou seja, detinha capacidade jurídica para os atos da vida civil, não estando sujeito a nenhuma outra pessoa. Era independente, portanto. Os demais que pertenciam à família a qual ele chefiava eram pessoas *alieni juris*. Cabia ao *pater* regular suas vidas nos seus mais diversos aspectos.

O poder exercido pelo *pater* estendia-se a todos os que pertenciam ao grupo familiar: sua esposa, filhos e filhas, noras, escravos e empregados. Os filhos emancipados não eram considerados parentes agnatos, pois sobre eles, vez que emancipados, não mais recaía a autoridade do *pater familias*. Da mesma forma, as filhas que se casavam na modalidade *cum manu* deixavam de pertencer à sua família de origem e passavam a se sujeitar à autoridade do *pater familias* da família de seu marido.

De acordo com José Santos Neto<sup>1</sup>, a *patria potestas* podia ser adquirida, basicamente, sob três formas: o nascimento de filho homem proveniente de justas núpcias – pois a morte do *pater* era suficiente para elevar o filho ao status de *sui iuris* e, conseqüentemente, de *pater familias*; e ainda sob as duas formas de adoção: a *adrogatio* e a *adoptio*, que tiveram conotação religiosa em sua origem, mas, posteriormente, assumiram outras finalidades.

A *adrogatio* representava a forma mais antiga. Consistia na adoção de um *pater familias* por outro *pater familias*. Assim, fazia-se a adoção de um sujeito *sui juris* por outra pessoa *sui juris*. Conseqüentemente, toda a família do *pater familias* adotado passava a pertencer à família do *pater familias* adotante, extinguindo-se aquela enquanto unidade autônoma, passando a adorar os deuses desta. Seu nome de família anterior também era substituído pelo nome da nova família.

A *adoptio*, por sua vez, significava a adoção de uma única pessoa, *alieni juris*, que abdicava de sua família de origem para integrar uma nova família, ficando sob a dependência de um outro *pater familias*.

Quanto ao fundamento do poder conferido ao *pater familias* várias são as teorias formuladas procurando explicá-lo. Contudo, as que prevalecem<sup>2</sup> são as de cunho religioso. Essa é a posição defendida por vários autores, dentre eles Ihering e Fustel de

---

<sup>1</sup> SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Do pátrio poder*, p. 28.

<sup>2</sup> SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Idem*, p. 18.



Coulanges. Conforme as lições de Sílvio Venosa, a família antiga era voltada ao culto familiar, numa espécie de religião doméstica, de culto aos antepassados: “família era um grupo de pessoas sob o mesmo lar, que invocava os mesmos antepassados”<sup>3</sup>. Este culto assumia grande importância, visto que a família invocava os ascendentes falecidos para lhe dar proteção. O culto realizado mantinha os antepassados presentes e evitava que estes caíssem em desgraça. A tarefa de realizar e manter essa cerimônia era incumbida ao descendente homem mais velho. Daí o fundamento dos poderes conferidos ao *pater familias*.

Para o professor José Santos Neto, todavia, essas teorias não logram êxito em explicar a origem da *patria potestas*: “...não nos parece esgotar o problema das origens da superioridade paterna o fato de presidir, o pai, o culto religioso. Parece-nos isto, antes uma decorrência dessa superioridade, do que propriamente a sua fonte”<sup>4</sup>. Para ele, mais razoável seria fundamentar o poder conferido ao *pater* em sua força física, nas vantagens que lhe foram conferidas pela própria natureza. Sendo o homem naturalmente mais forte que a mulher, teria ele maiores habilidades para defender sua esposa e sua prole, bem como cuidar de sua alimentação e demais necessidades. Na função de chefe da casa, obviamente que iria ele tomar o controle também dos cultos familiares.

Nas sociedades antigas, das quais a romana é exemplo, a família assume várias funções. É, ao mesmo tempo, unidade política, religiosa e econômica. Para tanto, o *pater* conta com poderes amplos e ilimitados. Assume ele o papel de sacerdote (dirigindo o culto doméstico), juiz (dirimindo os litígios ocorridos dentro do âmbito familiar) e chefe do seu lar.

Os poderes conferidos ao *pater* sobre seus descendentes e o patrimônio da família eram absolutos. Mais tarde, porém, principalmente sobre a influência do Cristianismo, esses poderes foram sendo relativizados, conforme adiante se verá.

Alguns autores defendem, como Castelo Branco Rocha<sup>5</sup>, que o *pater familias*, por ser a única pessoa *sui juris* dentro de seu núcleo familiar, era, por conseguinte, o único que detinha capacidade patrimonial. José Santos Neto, porém contraria essa

---

<sup>3</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*, p. 18.

<sup>4</sup> SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Idem*, p. 19.

<sup>5</sup> ROCHA, Castelo Branco. *O pátrio poder (estudo teórico-prático)*, p. 26.

idéia afirmando que, de fato, havia na família um único ente capaz de deter a propriedade. Esse ente todavia, não era o *pater familias*, mas a própria unidade familiar, da qual era ele o representante. Não era o *pater*, nesse sentido, proprietário dos bens de sua família, mas apenas administrador e usufrutuário<sup>6</sup>. Esta mesma idéia é compartilhada por Arnold Wald<sup>7</sup>.

Inicialmente, os filhos não detinham patrimônio próprio, apartado do patrimônio familiar. Ao contrário, tudo o que adquiriam, independentemente da forma como ocorria essa aquisição, passava a integrar o monte familiar. Essa situação não era de todo prejudicial ao filho, pois, ao integrar o patrimônio familiar, estes bens reverteriam a ele, na partilha, quando da morte do administrador. Com o passar do tempo, porém, essa situação foi lentamente se alterando, podendo o filho constituir patrimônio próprio.

Além dos poderes referentes ao patrimônio de sua família, ao *pater* eram conferidos direitos sobre as pessoas a ele subjugadas. Dentre estes poderes podemos destacar: *jus vitae et necis*; *jus vendendi*; *noxae deditio*; e *jus exponendi*.

O *jus vitae et necis* significava o direito de vida e morte que o *pater* tinha sobre seus dependentes. Este direito prevaleceu durante largo espaço de tempo. Contudo, a maioria dos autores defende que esse direito, desde muito cedo, não podia ser exercido arbitrariamente pelo *pater*. A condenação à morte dependia de parecer de um conselho de parentes, denominado *judicium domesticum*, que se reunia para decidir sobre a conveniência da aplicação da pena.

Sob influência do Cristianismo, esse direito é relativizado e, posteriormente, transformado em simples “direito de correção” (*jus domesticae*). A partir de então, passou-se aos juízes do Estado a competência para julgar e castigar os filhos das famílias por faltas graves.

Outro direito concedido ao *pater familias* romano era o de vender seus filhos. Tal direito derivou de idéias patriarcais, que transformavam os filhos em propriedades dos pais. Entretanto, devido aos grandes abusos cometidos em função desse direito, várias limitações foram impostas a ele.

---

<sup>6</sup> SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Idem*, p. 26.

<sup>7</sup> WALD, Arnold, *O novo direito de família*, p. 30.

A *noxae deditio* refere-se ao fato de o *pater*, por ser o representante de todo o grupo familiar, sofrer responsabilização por ato praticado por qualquer de seus descendentes. Sendo a família uma unidade coesa, este instituto está ligado à idéia de que o ato ilícito praticado por um de seus membros obriga toda a família. O *pater* tinha a faculdade de optar entre suportar a vingança do ofendido ou entregar o descendente autor da ofensa à vítima do dano.

O *pater familias* tinha ainda a faculdade de abandonar o filho recém-nascido, era o chamado *jus exponendi*. Entende-se que esse ato tinha fundamentos eugênicos: uma espécie de seleção para se preservar a própria família, visto que a criança portadora de defeitos físicos não poderia se tornar um adulto capaz de contribuir para o desenvolvimento e bem-estar da entidade familiar.

Além desses, o *pater familias* possuía o poder de emancipar seus descendentes. Originalmente, a emancipação assumia um caráter punitivo, visto que o emancipado seria excluído da família e do culto. Posteriormente, porém, foi adotando a conotação da emancipação que hoje conhecemos, não ficando o descendente prejudicado em seus direitos sucessórios. Com a emancipação, o emancipado tornava-se *sui iuris* e, portanto, *pater familias*, extinguindo-se sua submissão a outra pessoa. Posteriormente, também, passou-se a exigir a anuência do emancipado para que o ato se validasse, perdendo o instituto, assim, o caráter unilateral, dependente unicamente da vontade do *pater familias*.

Também tinha o *pater* o poder de casar os filhos. Inicialmente, não se fazia necessário o consentimento dos nubentes. No direito clássico, todavia, era ele fundamental. O *pater* detinha, ainda, o poder de desfazer o matrimônio dos filhos a ele sujeitos. Esse direito foi extinto por volta do século II d. C.

Entre outras faculdades, tinha o *pater* o poder de deserdar os filhos; adotar ou ad-rogar, trazendo estranhos para dentro do seio familiar; designar tutores para seus descendentes quando de seu falecimento, entre outros. A grande maioria desses direitos, contudo, sofreram grandes modificações ao longo da história de Roma.

Cabe ressaltar que o *pater familias*, única pessoa *sui iuris* dentro de seu âmbito familiar, exercia, ao menos inicialmente, amplos poderes relativamente a todos os que se encontravam sob sua dependência, inclusive sua esposa. O patriarcalismo romano

coloca a figura do homem em especial relevo sobre a da mulher, deixando-a numa situação de plena dependência: primeiramente, na família de seu pai e, após, na de seu marido.

Com a evolução do direito romano, porém foi-se restringindo o poder do *pater* em proveito dos *fili familias*. Concedia-se uma autonomia cada vez maior à mulher e aos filhos; deu-se maior importância ao parentesco cognatício, em detrimento do parentesco por agnação; e o Estado passou a intervir nas relações familiares.

Entre os abrandamentos ocorridos no poder do *pater familias*, podemos mencionar: 1) com o Cristianismo, o *jus vitae et necis* sofreu abrandamentos, chegando a ser completamente extinto, conforme o já explanado acima; 2) o *jus vendendi*, graças aos abusos que vinham sendo cometidos, também sentiu inúmeras limitações; 3) a *noxae deditio* foi proibida por Justiniano; 4) e o *jus exponendi*, com o correr do tempo, foi absolutamente interdito, sendo sua prática comparada ao crime de abandono. Posteriormente, a exposição dos recém-nascidos foi equiparada ao crime de homicídio, estando o infrator sujeito à pena de morte.

Com a crescente restrição ao poder do *pater*, concedeu-se uma autonomia cada vez maior também à mulher. Conforme Arnold Wald<sup>8</sup>, antes totalmente dependente do pai ou do marido, a mulher conquista uma gradual e progressiva autonomia, chegando ao ponto de exercer atos jurídicos sem necessidade de qualquer tipo de assistência. Sua participação na vida política e social de Roma, inclusive nos esportes, também foi aumentando consideravelmente.

A extinção da *patria potestas* dava-se com a morte do *pater familias*, visto ser vitalícia. Contudo, havia outras formas excepcionais pelas quais se encerrava o poder conferido ao *pater*. Entre essas formas encontramos o caso da ocorrência da *capitis diminutio*, quando de prisão do *pater* por guerra ou em decorrência de pena a ele cominada. Ocorria ainda a perda da *patria potestas* no caso de elevação do filho a certas dignidades (como prefeito, governador, sacerdote etc) ou pelo casamento da filha na modalidade *cum manu* (pois passaria ela a estar sob a autoridade do *pater familias* da família do marido), pela emancipação e, finalmente, quando da ocorrência de *adoptio* do filho a ele sujeito.

---

<sup>8</sup> WALD, Arnold. *O novo direito de família*, p. 32.

## 1.2 O pátrio poder de outros povos da Antiguidade

Nem só entre os romanos é que se verificou a presença de um poder hierárquico forte dentro do seio familiar. Em vários outros povos da Antiguidade percebemos a presença do *pátrio poder*.

Cronologicamente, alguns desses povos vieram antes dos romanos. No entanto, nenhum deles tratou do instituto com tantas minúcias como o direito de Roma, embora, as vezes, apresentasse algumas de suas características. Daí, no presente trabalho, o motivo de ser o *pátrio poder* desses povos tratado posteriormente àquele verificado entre os romanos.

Na Antiguidade, o patriarcalismo e a idéia de autoridade dos pais sobre os filhos estavam presentes entre vários grupos.

René Dekkers, citado por José Santos Neto, diz que entre os sumérios, os persas, os germanos, os celtas, dentre outros, era comum o abandono ou exposição de filhos recém-nascidos. Apenas quando os interesses do Estado se sobrepuseram aos da família é que este direito sofreu limitações<sup>9</sup>.

Como acontecia no direito romano, geralmente a autoridade exercida pelo pai sobre sua esposa, filhos e demais dependentes era vitalícia. No Código de Hamurabi são enumerados alguns dos poderes a ele conferidos, que também estavam presentes entre os hebreus, os húngaros, os hititas e os atenienses: casar os filhos; dá-los em adoção, arrendamento ou coloca-los sob o poder de outra pessoa; vender a filha como escrava; expulsar o descendente do lar familiar (neste último caso com autorização de um juiz); e o direito de vida e morte sobre os filhos.

Entre os hebreus questiona-se se existiria esse último poder. Quanto ao castigo moderado, na bíblia<sup>10</sup> encontramos várias passagens que o justificam: “quem poupa a chibata odeia o filho, mas quem o ama castiga continuamente” (Prov. 13, 24); “não poupes a correção ao menino porque, se lhe bateres com a vara não morrerá. Tu lhe baterás com a vara e livrarás a sua alma do inferno” (Prov. 12, 13-14). O direito

---

<sup>9</sup> DEKKERS, René. *El derecho privado de los pueblos*. Madrid: Ed. Rev. de Derecho Privado, 1957 *apud* SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Idem*, p. 31.

<sup>10</sup> BÍBLIA SAGRADA, traduzida da *Vulgata* e anotada por Pe. Matos Soares. 9. ed. São Paulo: Ed. Paulinas, 1958. *apud* SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Idem*, p. 33.

hebraico permitia, porém a venda dos filhos quando a família se encontrasse em situação de miséria e para pagamento de dívidas<sup>11</sup>.

Situação bastante diferente verificou-se na Grécia Antiga. Ao contrário do que se constatava entre os romanos, para os gregos, a autoridade do pai não era vitalícia nem absoluta: havia limitações a ela impostas pela lei, e o poder do pai poderia passar ao filho mais apto quando aquele atingisse determinada idade. Além disso, o *pátrio poder* deveria ser exercido em favor dos dependentes, ao contrário do direcionamento dado pelo direito romano.

### 1.3 O pátrio poder dos germanos

O poder exercido pelo pai sobre seus descendentes é bastante diferente entre germanos e romanos. O direito germânico apresenta-se mais liberal, muito próximo da idéia de poder parental que hoje conhecemos, embora tenha ele contado, inicialmente, com um caráter mais rigoroso: direito de vida e morte, abandono, venda, exposição e punição dos filhos – tal qual o Direito Romano.

A finalidade, porém, do pátrio poder entre os germanos não tinha o caráter egoístico apresentado em Roma: mostrava-se um poder voltado ao bem-estar, guarda e proteção dos filhos. Sua marca principal era a prevalência do interesse destes filhos. Tanto é que entre os germanos o *pátrio poder* era designado de *munt* ou *mund*, palavras que concebem a idéia de proteção.

Em decorrência, o *pátrio poder* cessava com a maioridade do filho. O momento da maioridade variava de acordo com os povos, mas em todos queria dizer, basicamente, a idade com que a criança já estava apta a, por si mesma, defender-se dos perigos da vida. Essa regra, todavia, prevalecia apenas entre os homens – os germanos também eram um povo patriarcalista. As mulheres permaneciam sob eterna submissão, primeiramente a seu pai e, após, a seu marido<sup>12</sup>. Assim, jamais a mãe poderia exercer o *munt*<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Idem*, p. 33.

<sup>12</sup> Castelo Branco Rocha apresenta idéia contrária a esta afirmando que a mulher no direito germânico, ao contrário do que acontecia no casamento *cum manu* entre os romanos, não perdia os laços de parentesco com sua família de origem ao se casar. De acordo com José Arias, citado por Castelo B.

Para o professor Castelo Branco Rocha, “A *munt* é um abrandamento da *patria potestas*. Nela se observa a diminuição do elemento despótico, que caracterizou a autoridade do chefe de família romana”<sup>14</sup>.

José Santos Neto traduziu a importância e a influência do *pátrio poder* dos germanos para o direito de vários países: “o Direito Germânico, cuja influência as nações ibéricas receberam através dos visigodos, trouxe uma relevante e inestimável contribuição em matéria de pátrio poder: concebeu-o como um instituto voltado ao interesse dos filhos e condicionou as prerrogativas atribuídas ao pai à prestação, àqueles, de proteção e educação”<sup>15</sup>.

As influências romana e germânica se fizeram sentir ainda por muito tempo. Durante a Idade Média, havia forte presença tanto de um quanto de outro sistema. As características romanas estiveram mais presentes no direito escrito, enquanto que as germânicas, no direito costumeiro.

Obviamente que até o período da Idade Média, a *patria potestas* romana já havia sofrido muita suavização, mas ainda assim preserva suas bases: vitaliciedade e controle rigoroso do pai sobre a pessoa e bens de seus filhos e descendentes. Era um controle voltado à figura do pai, portanto.

O direito germânico contrapunha-se a essa idéia. Para ele o poder do pai em relação ao filho não era um fim em si mesmo, mas um meio para alcançar determinada finalidade, qual seja, a proteção. A autoridade paterna, assim, era estabelecida em benefício dos filhos. O *munt* germânico era temporário e não obstava que os filhos adquirissem bens próprios.

---

Rocha, a mulher “continua ligada a la antiga família, que la protege y defiende”. ARIAS, José. *Derecho de familia*, 2. ed., p. 24. *apud* ROCHA, José Virgílio Castelo Branco, *idem*, p. 31.

<sup>13</sup> O professor Castelo Branco Rocha parece discordar dessa idéia ao apresentar, entre as principais características do *pátrio poder* germânico o fato de a mãe também poder exercer-lo: “a função do pátrio poder é também atribuição da mãe, na falta do pai”. ROCHA, José Virgílio Castelo Branco Rocha, *idem*, p. 33.

<sup>14</sup> ROCHA, José Virgílio Castelo Branco, *idem*, p. 31.

<sup>15</sup> SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Idem*, p. 36.

#### 1.4 O pátrio poder no antigo direito luso-brasileiro

Com a promulgação da Independência do Brasil, em 1822, a lei de 20 de outubro de 1823 exigiu que vigorasse, “no Império, as Ordenações, leis e decretos promulgados pelos reis de Portugal, até 25 de abril de 1821”<sup>16</sup>. Vigeu em nosso país, portanto, o direito português, mesmo depois de revogadas as Ordenações Filipinas.

As Ordenações Afonsinas, segundo José Santos Neto, “tinham uma certa conotação feudal”<sup>17</sup>. Nas palavras do mesmo autor, as Ordenações Manuelinas abandonam “os resquícios de propriedade comunitária para concentrar na pessoa do *pater*, todos os direitos patrimoniais, com poderes absolutos de gestão e disposição, à semelhança do que ocorria em Roma”<sup>18</sup>. Também sobre a pessoa dos filhos esse poder do pai se exercia, mas já com alguns abrandamentos, pois não se permitia o direito de vida e morte nem o julgamento dos membros da família. Isso se dava como forma de proteger e afirmar a figura do Estado, não podendo o pai de família assumir para si a função de executar a Justiça, típica atividade estatal.

As Ordenações Filipinas, por sua vez, também contam com um forte cunho romano. Mesmo com os abrandamentos sofridos, ainda continha o instituto do *pátrio poder* com um forte caráter despótico. Duas características da *patria potestas* que se verificam também nesse período é a exclusividade de exercício pelo ascendente masculino e sua vitaliciedade.

Contudo, a evolução social reclamou mudanças quanto a essa estrutura. Era inadmissível que um filho família vindo de Portugal para tentar construir sua vida no Brasil, por exemplo, precisasse da autorização de seu pai para realizar qualquer ato da vida civil.

Por conta disso, em 31 de outubro de 1831 editou-se uma resolução que, combinada com a Lei de 22 de setembro de 1828, concedeu a maioridade aos 21 anos de idade. Por conseqüência, trouxe a emancipação do filho, para todos os atos da vida civil. Todavia, para que o filho família fosse beneficiado por esta lei, era necessário que

---

<sup>16</sup> BEVILACQUA, Clóvis. *Direito Civil Comentado*, vol. I, p. 10 *apud* Castelo Branco Rocha. ROCHA, José Virgílio Castelo Branco, *Idem*, p. 38.

<sup>17</sup> SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Idem*, p. 41.

<sup>18</sup> SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Idem*, p. 41.



possuísse renda própria, não sendo mais dependente de seu pai, qualquer que fosse a idade que possuísse.

Outra evolução ocorreu com o Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890, que, nas palavras de Caio Mário, “concedeu à viúva o pátrio poder sobre os filhos do casal extinto, cessando, porém, se convolava novas núpcias”<sup>19</sup>. O *pátrio poder* deixa de ser, portanto, exclusividade do cônjuge varão.

Por derradeiro, tivemos o Código Civil de 1916, que também trouxe modificações ao instituto do poder paterno, conforme adiante veremos. Segundo Clóvis Bevilacqua, “O pátrio poder, segundo o organiza o nosso Código Civil, não é um poder discricionário, a que se não oponham os imperativos da moral, as exigências da vida social orientada pelos ideais da civilização, e os conselhos da higiene, que a sociedade moderna erige em normas obrigatórias do proceder (...) O pátrio poder há de exercer-se dentro das normas ethicas, e no interesse moral do filho”<sup>20</sup>.

## 1.5 O pátrio poder no Código Civil de 1916

No contexto do Código Civil de 1916, a família se caracterizava por ser matrimonializada, patrimonializada, transpessoal, hierarquizada e patriarcal.

*Matrimonializada* por que a família legítima se constituía apenas pelo casamento, embora a lei não ignorasse a existência de filhos extramatrimoniais, cuidando também da responsabilidade dos pais para com estes<sup>21</sup>.

*Patrimonializada* devido ao aspecto produtivo que assumia. Num contexto eminentemente agrícola, a família era vista como um núcleo de produção, aprovisionando ela mesma os meios necessários à sua sobrevivência. Isso levava a uma supervalorização dos bens patrimoniais que possuía, deixando-se de lado seu aspecto pessoal. Segundo o professor Eduardo de Oliveira Leite, “na sociedade tradicional, a família constituía um grupo importante movido pela necessidade de

---

<sup>19</sup> SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Idem*, p. 44.

<sup>20</sup> SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Idem, ibidem*.

<sup>21</sup> A redação original do antigo Código Civil conferia sujeição ao pátrio poder apenas aos filhos legítimos e naturais, pois apenas estes podiam ser reconhecidos. Contudo, a Lei nº 883 de 1949 permitiu o reconhecimento dos filhos adulterinos após a dissolução do casamento do cônjuge adúltero. Por consequência, estes também passaram a estar sob sujeição do pátrio poder.

enfrentar uma economia rude. A união da família em torno do pai, chefe incontestável, estava centrada no esforço de cada membro por um objetivo comum: a subsistência de um bem, a exploração de uma propriedade ou a manutenção de um nível social”<sup>22</sup>.

*Transpessoal*, pois era merecedora de proteção do Estado, mas isso enquanto instituição, não se levando em consideração, especificamente, as pessoas que a integravam.

O marido era considerado o chefe da sociedade conjugal, conforme se depreende do art. 233 do antigo Código Civil<sup>23</sup>. À mulher, por sua vez, cabia apenas colaborar, devendo se manter submissa às vontades e decisões do marido. Mesmo por que, a esse tempo, com o casamento, era ela considerada relativamente incapaz. Daí seu caráter *hierárquico e patriarcal*.

Nesse contexto, o pátrio poder cabia ao marido. A mulher apenas o exercia de forma subsidiária<sup>24</sup>. A Lei 4.121 de 1962 alterou essa regra<sup>25</sup> concedendo a titularidade do pátrio poder a ambos os progenitores, embora houvesse ressalvas quanto a seu exercício, cabendo ele primeiramente ao pai e apenas subsidiariamente à mãe. Caso houvesse divergência entre eles quanto às decisões, deveria prevalecer a decisão paterna. As alterações trazidas pela Lei 4.121 de 1962 serão estudadas especificamente mais à frente.

O pátrio poder era tratado pelo antigo código civil nos artigos 379 ao 395.

Segundo o art. 379 estavam sujeitos ao pátrio poder os filhos legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos, enquanto menores. Os filhos ilegítimos não reconhecidos ficavam sob o pátrio poder da mãe, já que a figura da mãe é quase sempre certa e conhecida. Caso não pudesse ela exercer o pátrio poder, por qualquer razão, seria nomeado tutor ao menor (art. 383).

---

<sup>22</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*, p. 15.

<sup>23</sup> Código Civil de 1916, art. 233: “O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos”.

<sup>24</sup> Código Civil de 1916, art. 380: “Durante o casamento exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher”.

<sup>25</sup> Código Civil de 1916, art. 380 alterado pela Lei 4.121 de 1962: “Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvando à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência.

Do pátrio poder defluíam dois tipos de relações: pessoal e patrimonial. A primeira dizia respeito à pessoa dos filhos; a segunda, aos bens que estes possuísem.

Quanto à pessoa dos filhos, era dever dos pais dirigi-los moralmente. Dizia o art. 384 que competia a eles: I) dirigir-lhes a criação e educação; II) tê-los em sua companhia e guarda; III) conceder-lhes, ou negar-lhes consentimento para casarem; IV) nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais lhe não sobrevier, ou o sobrevivente não puder exercer o pátrio poder; V) representá-los, até aos 16 anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprimindo-lhes o consentimento; VI) reclamá-los de quem ilegalmente os detinha; VII) exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. Este último aspecto insere a idéia de participação do filho na vida e nas atividades cotidianas da família.

Não aludiu o legislador ao fato de poderem os pais castigar os filhos. Entende-se que isso seria possível, desde que moderadamente. Tanto é que o art. 395 apenas citava como causa de perda do pátrio poder o emprego pelos pais de castigo imoderado aos filhos. Caio Mário da Silva Pereira diz que a possibilidade de castigar advém do dever educacional cominado aos pais e, que, portanto, seria legítimo, desde que aplicado de forma moderada<sup>26</sup>.

Quanto aos bens dos filhos, dizia o art. 385 que “O pai e, na sua falta, a mãe são os administradores legais dos bens dos filhos que se achem sob o seu poder, salvo o disposto no art. 225<sup>27</sup>”. Tinham eles, nessa mesma ordem, direito a usufruto desses bens, nos limites impostos pela lei. O usufruto era inerente ao pátrio poder e apenas extinguia-se com a extinção deste.

No tocante a essa matéria, o antigo Código Civil estabeleceu uma série de limitações aos pais. Reza o art. 386 que não poderiam eles “alienar, hipotecar, ou gravar de ônus reais, os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, exceto por necessidade, ou evidente utilidade da prole, mediante prévia autorização do juiz”.

---

<sup>26</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, p. 242.

<sup>27</sup> Código Civil de 1916, art. 225: “O viúvo, ou a viúva, com filhos do cônjuge falecido, que se casar antes de fazer inventário do casal e dar partilha aos herdeiros, perderá o direito ao usufruto dos bens dos mesmos filhos”.

Em geral, a administração e o usufruto estavam associados. Mas a lei previa hipóteses em que os bens seriam administrados sem que houvesse percepção de usufruto. Tais casos vinham elencados no art. 390. Assim, não recairia ele sobre: I) bens deixados ou doados ao filho com a exclusão do usufruto paterno; II) bens deixados ao filho, para fim certo e determinado.

O art. 391, por sua vez, elencava os bens que se excluía tanto do usufruto como da administração dos pais: I) os bens adquiridos pelo filho ilegítimo, antes do reconhecimento; II) os adquiridos pelo filho em serviço militar, de magistério, ou em qualquer outra função pública; III) os deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem administrados pelos pais; IV) os bens que ao filho couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão.

Por fim, tratava o código da suspensão e extinção do pátrio poder. Em princípio, o pátrio-poder, como forma de proteção e defesa do filho-família, deveria perdurar por toda a menoridade deste. No entanto, havia causas em que ele poderia ser suspenso ou até mesmo extinto.

Eram causas de extinção do pátrio poder, segundo o art. 392: I) morte dos pais ou do filho; II) emancipação; III) maioridade<sup>28</sup>; IV) adoção. Nesse último caso, extingue-se o pátrio poder do pai natural, que transfere-se ao pai adotivo. Para o menor, não haverá extinção do pátrio poder, já que ele deixa de se submeter ao pai natural para depender do pai adotivo. Este vínculo do filho com o pai natural jamais se restaurava. Se o pai adotivo viesse a falecer, o filho entraria em estado de orfandade, mas jamais voltaria a se submeter ao pátrio poder do pai natural.

A redação inicial do art. 393 dizia que a mulher que contraísse novas núpcias perdia os direitos do pátrio poder quanto aos filhos do casamento anterior, só recuperando se enviuvasse<sup>29</sup>. Isso se dava, de acordo com Clóvis Beviláqua, devido à incapacidade civil da mulher casada e ao possível conflito que poderia acontecer entre as famílias atual e antiga. Contudo, a redação final desse artigo, após modificações, afirmava que “A mãe que contrai novas núpcias não perde, quanto aos filhos de leito

---

<sup>28</sup> A maioridade, no contexto do código civil de 1916, se dava aos 21 anos.

<sup>29</sup> Código Civil de 1916, art. 393: “A mãe que contrai novas núpcias perde, quanto aos filhos do leito anterior, os direitos do pátrio poder (art. 329); mas, enviuvando, os recupera”.

anterior, os direitos ao pátrio poder, exercendo-os sem qualquer interferência do marido”<sup>30</sup>.

A suspensão do pátrio poder vinha tratada no art. 394. Poderiam requere-la os parentes do menor ou o Ministério Público, mediante representação<sup>31</sup>. Eram fatos que lhe davam causa: abuso de poder por parte dos pais, não cumprindo estes com seus deveres ou arruinando os bens dos filhos e condenação por sentença irrecorrível, em crime cuja pena excedesse a dois anos de prisão. O tempo de suspensão ficaria a critério do juiz, que deveria levar em conta o que fosse mais benéfico ao menor. Desaparecendo a causa determinante da suspensão, poderia o pai ou a mãe voltar ao exercício do pátrio poder. Além disso, a suspensão poderia referir-se a apenas um filho, não abrangendo os demais.

A perda do pátrio poder vinha tratada no art. 395. Diferenciava-se ela da extinção e da suspensão. Da primeira, por assumir um caráter punitivo e, da segunda, pelo nível de gravidade da conduta cometida. A perda, portanto, constituía uma punição, e apresentava caráter mais grave que a suspensão. De acordo com a redação do art. 395, “Perderá por ato judicial o pátrio poder o pai, ou mãe: I) que castigar imoderadamente o filho; II) que o deixar em abandono; III) que praticar atos contrários à moral e aos bons costumes”.

A perda, da mesma forma que a suspensão, não assumia caráter definitivo. Desaparecendo o fator que lhe desse causa, poderia o pai ou a mãe voltar ao exercício do pátrio poder. Contudo, no caso da perda, haveria necessidade de se intentar processo judicial, de caráter contencioso, a fim de recuperar o direito perdido. Além disso, a perda não se dirigia a um filho em especial, mas abrangia todos os filhos menores, sem exceções.

No caso de dissolução da sociedade conjugal, segundo a letra do código, a anulação do casamento ou o desquite não alteravam as relações do pátrio poder,

---

<sup>30</sup> Redação alterada pela Lei nº 4121, de 27 de agosto de 1962.

<sup>31</sup> Caio Mário da Silva Pereira diz que o juiz, de ofício, tinha poderes para impo-la. (PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*, p. 247). Entretanto, os demais autores estudados citam apenas o Ministério Público e os parentes do menor como legítimos para requere-la, nada dizendo sobre a possibilidade de ação *ex officio* do juiz.

trazendo conseqüências apenas no tocante à guarda dos filhos<sup>32</sup>. Quando a dissolução fosse amigável, a guarda dos filhos seria resolvida em comum acordo pelos pais. Na dissolução judicial, por sua vez, havia regras específicas, entre elas, a chamada “lei do sexo”, que determinava quem ficaria com a guarda de acordo com o sexo do menor. Dizia o art. 326 que “Sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente. § 1º Se ambos forem culpados, a mãe terá direito de conservar em sua companhia as filhas, enquanto menores, e os filhos até a idade de seis anos. § 2º Os filhos maiores de seis anos serão entregues à guarda do pai”.

O § 1º do art. 10 da Lei nº 6.515 de 1977 alterou o Código Civil no tocante a essa matéria<sup>33</sup>. A mãe passou a ter a prioridade na guarda dos filhos quando do desquite judicial, independente do sexo da criança, sob a presunção de que estaria ela mais apta a cuidar dos filhos do que o pai. O professor Orlando Gomes<sup>34</sup> traz a crítica de que, ao contrário do que diz o código, em seu art. 381, a atribuição da guarda à mãe poderia sim alterar o exercício do pátrio-poder<sup>35</sup>.

A Lei nº 6.515 de 1977, que modificou o art. 186 do antigo código, preceituou que, em havendo discordância quanto às decisões tomadas, prevaleceria a vontade do cônjuge que estivesse com a guarda dos filhos<sup>36</sup>. Nesse caso, ficando os filhos, em companhia da mãe, verifica-se que haveria um verdadeiro deslocamento do exercício do pátrio-poder, passando este do pai para a mãe. Contudo, o pai continuaria a ser titular do pátrio-poder sobre seus filhos conjuntamente com a mãe. Discordando de alguma decisão por ela tomada em relação aos menores, ao pai assistia o direito de recorrer ao judiciário a fim de pleitear a modificação da decisão, embora a lei assegurasse que, em caso de discordância, prevaleceria a vontade da mãe.

---

<sup>32</sup> Código Civil de 1916, art. 381: “O desquite não altera as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”.

<sup>33</sup> Lei 6.515 de 1977, art. 10, § 1º: “Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges, os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles”.

<sup>34</sup> GOMES, Orlando. *Direito de família*, p. 392.

<sup>35</sup> E, segundo o professor Washington de Barros Monteiro, se os pais estiverem separados de fato, não há qualquer preferência dos direitos do pai sobre a guarda dos filhos menores, podendo eles ficarem com a mãe (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito de civil*, p. 291).

<sup>36</sup> Código Civil de 1916, art. 186 (já alterado): “Discordando eles entre si, prevalecerá a vontade paterna, ou, sendo o casal separado, divorciado ou tiver sido o seu casamento anulado, a vontade do cônjuge, com quem estiverem os filhos”.

A Lei 4.121 de 1962 e a Lei 6.515 de 1977 trouxeram importantes alterações à redação do Código Civil de 1916, refletindo modificações ocorridas na sociedade em relação a determinados assuntos, em especial aos de direito de família.

A Lei 4.121/62, denominada Estatuto da Mulher Casada, trouxe importantes alterações à condição da mulher no tocante a suas relações familiares. Além de suprimir a condição de relativamente incapaz quando do cometimento de contrato de casamento, melhorou sua condição dentro da família dando a ela maiores poderes e direitos em relação a si mesma e a seus filhos.

Podemos dizer que, no que se refere ao pátrio poder, três foram as alterações importantes que o Estatuto da Mulher Casada introduziu, embora ainda sob alguns aspectos se verificasse o destaque da figura masculina sobre a feminina.

A primeira delas encontra-se na modificação do art. 380 do Código Civil, que passou a estender à mulher a titularidade do pátrio poder. Assim, pai e mãe detinham os mesmos direitos e deveres sobre seus filhos, embora houvesse ressalvas quanto ao exercício desse poder<sup>37</sup>.

A segunda alteração diz respeito à viúva que contrai novas núpcias. Ao modificar o art. 393 do Código Civil, estabeleceu-se que ela não mais perderia o pátrio poder sobre os filhos do casamento anterior, continuando responsável por eles<sup>38</sup>.

A terceira alteração refere-se à mulher anteriormente casada. O Código Civil trazia que sobre a pessoa dos filhos ela ainda mantinha os direitos, mas, quanto aos bens, estes ficariam totalmente sob a responsabilidade do pai. Pela nova lei, ela não mais perderia o pátrio poder sobre os bens de seus filhos<sup>39</sup>.

A Lei 6.515/77, chamada de Lei do Divórcio, regulou de forma breve o pátrio poder nas hipóteses de separação judicial, divórcio e anulação do casamento. Quanto à

---

<sup>37</sup> Código Civil, art. 380: "Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência". Esta alteração recebe a crítica de alguns autores que afirmam que, na prática, a situação da mulher permaneceria a mesma, visto que a ela caberia apenas o papel de coadjuvante no exercício do pátrio poder. Ao homem caberia exercê-lo de forma prioritária, sendo a sua decisão, inclusive, a que prevaleceria no caso de conflito entre eles.

<sup>38</sup> Código Civil de 1916, art. 393: "A mãe que contrai novas núpcias não perde, quanto aos filhos do leito anterior, os direitos ao pátrio poder, exercendo-os sem qualquer interferência do marido".

<sup>39</sup> Código Civil de 1916, art. 248: "A mulher casada pode livremente: I- Exercer o direito que lhe competir sobre as pessoas e os bens dos filhos do leito anterior (art. 393)"

separação consensual não houve modificações, permanecendo as mesmas regras trazidas pelo Código.

A primeira alteração encontra-se no § 1º do art. 10 da referida lei. Segundo este artigo, no caso de separação judicial em que ambos os cônjuges tenham dado causa, há prevalência da figura da mãe para se conceder a guarda dos filhos<sup>40</sup>. Na redação original do Código prevalecia a lei do sexo.

O art. 11 da Lei do Divórcio estabeleceu que, quando da separação judicial, os filhos deveriam permanecer com o cônjuge em cuja companhia já estivessem no momento da ruptura da vida em comum<sup>41</sup>. A redação anterior do Código já previa a dissolução do vínculo conjugal, mas nada dizia a respeito da situação dos filhos.

Outra omissão do Código Civil tratada pela Lei 6.515/77 referia-se aos direitos do pai que não tivesse os filhos sob sua guarda. Determinou o art. 15<sup>42</sup> que poderia ele visitá-los, tê-los em sua companhia e fiscalizar sua manutenção e educação.

## **1.6 O poder familiar no direito brasileiro atual.**

A Constituição Federal promulgada em 05 de outubro de 1988 trouxe várias modificações para o Direito de Família que o alteraram profundamente. Consagrando o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado, a Constituição Federal construiu as bases para um novo modelo de família.

Dentre as várias alterações trazidas, podemos destacar: a) a igualdade estabelecida entre homens e mulheres como direito fundamental (art. 5º, inc. I)<sup>43</sup>, refletida também no âmbito familiar por força do art. 226, § 5º, o qual diz que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e

---

<sup>40</sup> Lei do Divórcio, art. 10: “Na separação judicial fundada no *caput* do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não tenha dado causa. § 1º Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges, os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles”.

<sup>41</sup> Lei do Divórcio, art. 11: “Quando a separação judicial ocorrer com fundamento no § 1º do art. 5º, os filhos ficarão em poder do cônjuge em cuja companhia estavam durante o tempo da ruptura da vida em comum”.

<sup>42</sup> Lei do Divórcio, art. 15: “Os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo fixar o juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação”.

<sup>43</sup> Constituição Federal, art. 5º, inciso I: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.



pela mulher”; b) o reconhecimento de outras formas de entidade familiar<sup>44</sup>, tais como a união estável e a monoparentalidade, retirando a hegemonia do casamento como única forma de constituição de família legítima<sup>45</sup>; c) a equiparação dos filhos, não se fazendo mais distinção quanto à sua origem, reconhecendo-lhes os mesmos direitos e deveres<sup>46</sup>.

Qualquer regra que viesse a contrariar os princípios e normas trazidos pela Constituição estava revogada. Com isso, a Constituição Federal foi que passou a reger as relações familiares, pois o Código Civil de 1916, uma vez que contrário a ela em algumas hipóteses, transformou-se em legislação supletiva.

Pode-se dizer, em linhas gerais, que, graças à Constituição Federal, a família é, hoje, plural, igualitária e eudemonista. Superou-se, assim, a idéia da família como entidade matrimonializada, patrimonializada, transpessoal, hierarquizada e patriarcal conforme se consagrou no Código Civil de 1916. Hoje, a entidade familiar vai além daquela constituída pelo casamento, não há hierarquia entre os cônjuges, que vivem numa relação de igualdade, bem como não há diferenciação quanto à origem dos filhos. Além disso, o ordenamento jurídico voltou-se aos indivíduos integrantes da família, considerando-a um meio para se preservar a dignidade de cada um deles e não zelando pela conservação da entidade familiar como um fim em si mesma.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº. 8.069 de 1990, trouxe algumas disposições sobre Direito de Família, já em concordância com a Constituição Federal. Trata-se da primeira lei infraconstitucional a adotar os princípios trazidos pela Magna Carta. Até então as leis vigentes abordavam o pátrio poder apenas na relação de casamento e somente sobre determinados filhos. O Estatuto reforçou a regra trazida pela Constituição Federal de que o pátrio poder deverá ser exercido, pelo pai e pela

---

<sup>44</sup> Embora ainda hoje se questione se esse rol seria taxativo ou não e se há hierarquização entre as entidades mencionadas.

<sup>45</sup> Constituição Federal, art. 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”

<sup>46</sup> Constituição Federal, art. 227, § 6º: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

mãe, em igualdade de condições<sup>47</sup>. Além disso, o art. 20<sup>48</sup> traz a proibição de discriminação entre os filhos, designando a eles tratamento igualitário. Reconheceu, assim, o direito de todo menor de estar sob proteção.

O Estatuto da Criança e do Adolescente veio, dessa forma, suprimir algumas das lacunas deixadas pela vigência da nova Constituição, uma vez que o Código Civil era, em algumas regras, com ela incompatível. Contudo, como o próprio ECA remetia a solução de algumas controvérsias à lei civil<sup>49</sup>, a disciplina do Direito de Família apenas viria a se completar com a edição de um novo Código.

O novo Código Civil, editado em 2002, procurou refletir os valores adotados por uma sociedade marcada por profundas transformações, bem diferente daquela dentro da qual o Código Civil de 1916 fora elaborado.

A primeira grande alteração por ele trazida foi em relação à denominação *poder familiar*, em substituição à antiga *pátrio poder*.

Na disciplina referente ao pátrio poder praticamente não houve mudanças, o que se procurou foi orientar os artigos no sentido da igualdade entre o homem e a mulher e os filhos determinada pela Constituição Federal. Mantiveram-se quase que inalterados os artigos referentes ao pátrio poder, nem sequer se acrescentando como deveria se dar as relações familiares de acordo com os novos princípios. Assim, várias questões permaneceram reguladas de maneira insatisfatória. Na verdade, pretendia-se a manutenção do Código Civil de 1916 na maior medida possível<sup>50</sup>, o que recebe a crítica de muitos autores.

As disposições gerais do pátrio poder encontram-se nos arts. 1630 a 1633 do novo Código Civil e apresentam apenas alterações pontuais dos arts. 379 a 383 do

---

<sup>47</sup> Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 21: “O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a lei civil, assegurando a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência”.

<sup>48</sup> Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 20: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

<sup>49</sup> Art. 42 supramencionado.

<sup>50</sup> Devido aos méritos que o Código Civil de 1916 possuía, além do grande número de doutrinas e jurisprudências que se desenvolveram com base nele.

antigo código<sup>51</sup>, referentes à mesma matéria. As modificações que foram realizadas referem-se, basicamente, à denominação “poder familiar”, à inserção do exercício conjunto desse poder e às novas formas de entidade familiar e meios de sua ruptura, tais como a união estável, a separação judicial e o divórcio.

A modificação mais perceptível diz respeito ao poder familiar quanto aos bens dos filhos. No código atual, essa seção foi desmembrada do capítulo referente ao poder familiar e remetida ao título destinado ao Direito Patrimonial, na forma de subtítulo II, de denominação “Do usufruto e da administração dos bens dos filhos menores”. Quanto ao conteúdo, porém, não se verificam aqui grandes mudanças em relação ao código anterior.

No tocante ao exercício, a suspensão e a extinção do poder familiar<sup>52</sup> também não se verificam alterações consideráveis com as exceções do parágrafo único do art. 1636 e do inciso IV do art. 1638<sup>53</sup>, que vieram a acrescentar a regulamentação da matéria.

Diante de tais análises podemos concluir tratar-se mesmo o Código Civil de 2002 de mera revisão do código antigo conforme afirma Florisa Verucci<sup>54</sup>, não trazendo, nessa matéria, qualquer modificação apreciável ou inserção de artigos que melhor pudessem regular a nova dinâmica familiar apresentada pela Constituição Federal. Com relação ao novo código e sua interpretação, cabe transcrever aqui a análise feita pelo professor Paulo Luiz Netto Lôbo:

“suas normas (do Código Civil de 2002) hão de ser interpretadas em conformidade com os princípios e regras que a Constituição estabeleceu para a família no ordenamento jurídico nacional, animados de valores inteiramente diferentes dos que predominavam na sociedade brasileira, na época em que se deu a redação do capítulo relativo ao pátrio poder do Código de 1916, que, em grande medida, manteve-se no capítulo destinado ao poder familiar para a família

---

<sup>51</sup> Ao fazer-se a comparação entre o ordenamento jurídico atual e o antigo código civil, está-se a referir a este de maneira ampla, ultrapassando sua redação original e incluindo-se as alterações nele realizadas com a edição de leis posteriores até o advento da Constituição Federal.

<sup>52</sup> Arts. 1635 a 1638 do novo Código Civil, correspondentes aos arts. 392 a 395 do Código Civil de 1916.

<sup>53</sup> Código Civil 2002, art. 1636: “O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro. Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável”. Código Civil de 2002, art. 1638: “Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: (...) IV- incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente”.

<sup>54</sup> VERUCCI, Florisa. *A mulher no direito de família brasileiro: uma história que não acabou*, p. 23 apud COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*, p. 53.

do século XXI. As palavras utilizadas pelo legislador de 1916, reaproveitadas pelo legislador do novo Código, são apenas signos, cujos conteúdos deverão ser hauridos dos princípios e regras estabelecidos pela Constituição<sup>55</sup>.

Quanto à denominação, houve alteração da expressão *pátrio poder* presente no Código Civil de 1916 e no Estatuto da Criança e do Adolescente para o termo *poder familiar*, verificada no novo código. Isso se deu por conta das transformações ocorridas na sociedade. Os novos valores emergidos já não admitiam a expressão antiga pela simbologia a ela inerente. De fato, a expressão *pátrio poder* remete ao poder exercido pelos pais romanos sobre seus filhos. A *patria potestas* assemelhava-se a um direito de propriedade, tendo o pai amplos direitos sobre seus filhos, tais como *ius vitae et necis*, *ius exponendi*, *ius vendendi* e *noxae deditio*, conforme já vimos no início deste trabalho. Assim, a palavra *poder* sugere essa amplitude de direitos do pai sobre os filhos, enquanto a palavra *pátrio* faz prevalecer a figura do progenitor masculino sobre o feminino, numa evidente desigualdade entre o pai e a mãe no cuidado de seus filhos. O novo Código Civil, então, na intenção de evidenciar a mudança de valores ocorridas no instituto, alterou sua denominação para *poder familiar*.

Alguns autores criticam a nomenclatura adotada, enquanto outros censuram a própria alteração ocorrida. É o caso de José Antonio de Paula Santos Neto, segundo o qual a modificação na nomenclatura do instituto não deveria ocorrer uma vez que a expressão *pátrio poder* já integra a tradição do direito brasileiro e distingue satisfatoriamente o instituto:

“A denominação “pátrio poder” é tradicional, consagrada e universalmente aceita. A ela vem atrelado expressivo cabedal doutrinário ameadado ao longo do tempo. E vale notar que até o seu anacronismo aparente tem algum interesse prático, pois vem levando, e está claro que sempre levará, todos aqueles que se aprofundam no estudo da matéria a sublinhar a evolução conceitual verificada, de modo a deixar claro que todo o conteúdo autocrático que a fórmula tradicional possa aparentar conter já perdeu sua razão de ser”<sup>56</sup>.

Para ele, mesmo a palavra *poder* não estaria incongruente visto que significa a subordinação dos filhos em relação aos pais, que é pressuposto para que estes exerçam sua função.

---

<sup>55</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Do poder familiar*, p. 182.

<sup>56</sup> SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Do pátrio poder*, p. 56.

É certo que a alteração ocorrida não fez surgir figura nova. Trata-se de evolução de um conceito para outro, a fim de compatibilizar o antigo instituto aos conceitos jurídicos e valores sociais emergentes, para que não houvesse qualquer discriminação entre os progenitores e entre os filhos, bem como se destacasse o caráter instrumental da função. Todavia, embora não se tratando de figura nova, obviamente a figura do *pátrio poder* não se confunde com a do *poder familiar*. Cada qual deve ser analisada à luz de princípios e valores próprios que as inspiram. As mudanças essenciais entre elas dizem respeito ao exercício da função atribuída em conjunto ao pai e a mãe na interpretação do *poder familiar*, assim como a prevalência do interesse dos filhos, função essencial do instituto. Houve, portanto, a “revisão de um modelo jurídico secularizado”<sup>57</sup>.

No entanto, a denominação *poder familiar*, segundo grande parte da doutrina, ainda não contempla a significação do instituto de maneira satisfatória. A palavra *poder* não expressa de maneira adequada a relação que se pretendeu estabelecer entre pais e filhos, pois indica a predominância dos direitos e não dos deveres como se aspira visualizar o instituto hoje. Além disso, a expressão *familiar* atribui o encargo a toda a família, ou seja, avós, irmãos, tios e não apenas aos pais, que seriam, na realidade, os únicos investidos na função. Dessa forma, nas palavras de Denise Comel, “não se divisa no termo *poder familiar* maior amplitude e identificação com a entidade formada por pais e filhos, muito menos que traduza com exatidão a idéia propulsora da igualdade dos cônjuges, entre si e como pais perante os filhos”<sup>58</sup>.

No tocante ao conceito de poder familiar, o Código Civil de 1916, o atual Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente optaram por não fazê-lo, como, aliás, é de costume do legislador. A doutrina, por sua vez, elaborou os mais diversos enunciados, sem contudo, grande variação entre eles.

Segundo Washington de Barros Monteiro, o poder familiar pode ser conceituado como “o conjunto das obrigações, a cargo dos pais, no tocante à pessoa e bens dos filhos menores”<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*, p. 55.

<sup>58</sup> COMEL, Denise Damo. *Idem*, p. 59.

<sup>59</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, p. 277.

Para Caio Mário da Silva Pereira, é o “complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens dos filhos, exercidos pelos pais na mais estreita colaboração”<sup>60</sup>.

Carlos Alberto Bittar nos diz que “consiste o poder parental, ou pátrio poder, em um conjunto de prerrogativas legais reconhecidas aos pais – originariamente com exercício apenas pelo pai – para a criação, a orientação e a proteção dos filhos, durante a respectiva menoridade, cessando-se com o implemento da idade ou com a emancipação”<sup>61</sup>.

Para Silvio Rodrigues, “o pátrio poder é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes”<sup>62</sup>.

Segundo José Antonio de Paula Santos Neto, “é o complexo de direitos e deveres concernentes ao pai e à mãe, fundado no Direito Natural, confirmado pelo Direito Positivo e direcionado ao interesse da família e do filho menor não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio deste filho e serve como meio para o manter, proteger e educar”<sup>63</sup>.

A maioria dos conceitos, devido à sua grande semelhança, poderiam ser resumidos num único, nas palavras do professor Santos Neto. Para ele, a definição do poder familiar como sendo “o conjunto de direitos e obrigações que se atribuem aos pais em relação aos bens e à pessoa do filho menor”<sup>64</sup> representaria bem a quase totalidade dos enunciados até agora apresentados.

O fundamento do poder familiar, segundo Santos Neto, estaria no Direito Natural, pois emanaria ele da própria natureza das coisas. Leonel França, citado por ele, afirma que “a família é uma verdadeira instituição, não positiva, mas natural. Os seus destinos e a sua razão de ser não dependem das circunstâncias transitórias e mutáveis da nossa vida social, mas das leis naturais, biológicas e psychicas que presidem à conservação e ao desenvolvimento da raça”<sup>65</sup>. Nesse sentido, Denise Damo nos diz que “o certo é que não há como dissociar do fato da procriação humana o subsequente

---

<sup>60</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, p. 240.

<sup>61</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Família*, p. 245.

<sup>62</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: volume 6*, p. 398.

<sup>63</sup> SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Do pátrio poder*, p. 55.

<sup>64</sup> SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Idem*, p. 51.

<sup>65</sup> FRANÇA, Leonel. *O divórcio*, p. 207. *Apud* SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Idem*, p. 57.

cuidado com a prole, que surge como correlato necessário da paternidade”. Segundo Castán Vasquez, citado por Santos Neto, a mesma natureza que conferiu aos pais as pessoas dos filhos, lhes atribuiu também funções, que abarcam direitos e obrigações, de protegê-los e educá-los<sup>66</sup>.

Castelo Branco Rocha admite um fundamento diferente para o poder familiar: “o pátrio poder deriva de um imperativo inevitável, que é a ordem social, em razão da qual o pai é investido de autoridade, a fim de dar a proteção e a assistência devidas ao filho menor e não emancipado. É a lei que investe o pai de semelhante autoridade e é a lei que traça os seus limites e extensão”<sup>67</sup>.

Quanto à natureza do poder familiar, faz-se importante seu estudo na medida em que revela o alcance do instituto. Contudo, este não é ponto pacífico na doutrina. A relação entre pais e filhos esteve, a princípio, vinculada à idéia de poder, de amplos direitos conferidos aos pais sobre a pessoa e bens dos filhos. Todavia, no direito contemporâneo vige o princípio de proteção aos menores, reconhecidos como sujeitos de direitos e sobre os quais os pais assumem mais deveres do que propriamente direitos.

Na análise da natureza jurídica do poder familiar, a doutrina italiana propõe uma abordagem dicotômica, analisando de um lado a relação entre os pais e o Estado e terceiros e, de outro, a situação dos pais ante os filhos. Dentro dessa dicotomia, fica clara a idéia de poder e dever ínsitos ao instituto. De acordo com o autor português Armando Leandro, citado por Santos Neto, “em relação ao Estado e a terceiros, o poder parental é atribuído aos progenitores como um direito fundamental originário que, além do mais (representação e administração dos bens), lhes confere a guarda dos filhos e a prioridade na escolha e orientação de sua educação, em ordem ao bem dos filhos e à unidade, autonomia e intimidade da vida familiar”<sup>68</sup>. Trata-se, assim, de verdadeiro direito subjetivo, oponível *erga omnes*. Nas palavras de Santos Neto, “não há dúvida, pois, que perante terceiros, inclusive o Estado, o pátrio poder constitui direito subjetivo

---

<sup>66</sup> VÁZQUEZ, José María Castán. *La patria potestad*, p. 13. *Apud* SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Idem*, p. 56.

<sup>67</sup> ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. *O pátrio poder*, p. 47.

<sup>68</sup> LEANDRO, Armando. Poder parental IN: *Temas de Direito de família*, p. 120. *Apud* SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Idem*, p. 59.

dos pais. Direito à própria “função” de *pater familias* e também ao exercício dessa função”<sup>69</sup>.

Sob o aspecto da relação pais e filhos, o poder familiar constitui-se num “poder-dever”. Poder porque traz ínsita a idéia de autoridade. Dever por que seu exercício constitui obrigação aos pais. Assim, o poder familiar seria, segundo Santos Neto, um poder-dever instrumental, pois é direcionado ao adimplemento dos deveres atribuídos aos progenitores, em prol dos filhos. Neste sentido, diz-se ser o poder familiar, um *múnus*, um encargo, atribuído aos pais.

Dessa forma, “o pátrio poder é de ser apresentado, quanto à sua natureza jurídica, como um instituto bifronte: poder-dever instrumental em face dos filhos e direito subjetivo perante terceiros”<sup>70</sup>.

José Virgílio Castelo Branco Rocha, por sua vez, nos apresenta o poder familiar como sendo uma função, ou seja, um conjunto de direitos e deveres. Segundo ele, “o pai tem direitos para que possa haver-se convenientemente de seus deveres”<sup>71</sup>. Os direitos conferidos aos pais não seriam, assim, direitos absolutos, exercidos no interesse deles próprios, mas teriam por finalidade proporcionar melhores condições ao exercício dos deveres a eles conferidos. Há uma decisão do Tribunal do Rio Grande do Sul, citada por Castelo Branco Rocha, que bem define a relação direitos-deveres que constitui o poder familiar: “o pátrio poder é mais um complexo de deveres do que um conjunto de direitos conferidos aos pais, porque tais direitos só tomam consistência jurídica e encontram a sua razão de ser em função daqueles mesmos deveres. Se o pai falta aos seus deveres, conforme a gravidade da ofensa, pode ter seus direitos

---

<sup>69</sup> SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Idem*, p. 60. Denise Comel, todavia, critica a idéia do poder familiar como direito subjetivo. Isso porque, segundo ela, não se trata de direitos a serem exercidos livremente, no interesse exclusivo dos pais, mas, ao contrário, são direitos condicionados aos deveres que por eles devem ser exercidos. Segundo ela, “não se pode dizer que a natureza jurídica do poder familiar seja de direito subjetivo, posto que ainda que seja um poder concedido aos pais pelo Estado, não implica seja exercido livremente, segundo a vontade e no interesse do titular. É verdadeiramente um poder instrumental outorgado aos pais tão-somente para ser exercido no interesse do filho, submetido e dirigido exclusivamente à sua formação integral, com nítido caráter de função social”. COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*, p. 63.

<sup>70</sup> SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Idem*, p. 60.

<sup>71</sup> ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. *O pátrio poder*, p. 46.



restringidos ou suspensos e até mesmo perde-los”<sup>72</sup>. Trata-se, portanto, de uma função, visto haver direitos conferidos, mas em decorrência (e para) os deveres a serem cumpridos.

Trata-se, também segundo o professor Castelo Branco Rocha, de um encargo, um *múnus* público, porque o Estado concede o poder familiar, acima de tudo, como um dever aos pais, pois não pode ele, o Estado, “ser indiferente a sorte daqueles que ainda não atingiram o desenvolvimento e a maturidade de espírito, que lhes permitam cuidar, por si mesmos, de suas pessoas e bens”<sup>73</sup>. A sociedade atribui aos pais a função de cuidar dos filhos sob todos os aspectos, em circunstância da parentalidade e no interesse dos filhos, tendo em vista a importância do papel assumido pela família. Trata-se ela de célula essencial da própria sociedade e do Estado. E este, não podendo substituir a figura dos pais neste aspecto, supervisiona sua ação, a fim de que o interesse dos menores seja protegido.

José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz, por sua vez, nos apresentam conceito diferente quanto à natureza do poder parental. Segundo eles, a corrente funcionalista, a partir da “introdução da noção de poder-função ou de direito-dever leva a uma dissociação entre a titularidade do poder e a titularidade do interesse tendente a negar, ou pelo menos, a matizar a aplicação da noção de direito subjetivo ao campo dos chamados direitos pessoais de família”<sup>74</sup>. Assim, “a utilidade do exercício seria toda alheia, não existindo pois para o titular do direito nenhuma utilidade própria”<sup>75</sup>. No caso do poder familiar, os titulares seriam os pais, enquanto os interessados seriam os filhos. Para os autores, todavia, os direitos pessoais de família e, por consequência, o poder parental, são verdadeiros direitos subjetivos, pois, embora tendentes a atender interesse alheio, são direitos também voltados a satisfazer interesses próprios de seus titulares: “estar presente ao desenvolvimento da personalidade do filho, fiscalizá-la e protegê-la corresponde, também, a necessidades

---

<sup>72</sup> Acórdão do Trib. do Rio Grande do Sul, de 9/12/1943, IN MÁRIO GUIMARÃES, *Brasil Acórdãos*, Nova Série, Suplemento, parte 2ª, civil-comercial, págs. 205-206. Citado por José Virgílio Castelo Branco Rocha, *Idem*, p. 48.

<sup>73</sup> ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. *Idem*, p. 48.

<sup>74</sup> MUNIZ, Francisco José Ferreira; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *Direito de Família (Direito Matrimonial)*, p. 28.

<sup>75</sup> LUDERITZ, A. Elterliche Sorge als privates Recht. *Archiv für die civilistische Praxis*, (178):264, 1978. *Apud* MUNIZ, Francisco José Ferreira; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *Idem*, p. 29.

psicológicas dos pais, o que mostra que o pátrio poder lhes é concedido também em seu interesse, e não apenas no interesse dos filhos”<sup>76</sup>. O direito de acompanhar e participar do desenvolvimento físico e mental dos filhos decorreria do próprio direito de personalidade dos pais. Nas palavras dos autores, “o que há de peculiar, portanto, na relação jurídica familiar, é que direitos subjetivos são exercidos e deveres jurídicos são cumpridos através de uma mesma ação do titular do direito e do dever. É que o interesse de quem realiza a ação (...) e o interesse da outra pessoa (...) são conjuntos, e não separados e recíprocos, como ocorreria em uma relação de tipo sinalagmático. É por isso que, na relação jurídica familiar, não podem ser pensados de modo separado os direitos e os deveres. (...) A tese do ‘direito-dever’, impressionada pela circunstância de que na prática da ação pelo cônjuge ou pelo pai está presente o interesse do outro cônjuge ou do filho, unilateraliza a análise, deixando de dar o necessário relevo ao interesse próprio de quem pratica a ação”<sup>77</sup>.

Embora várias sejam as teses procurando explicar a natureza jurídica do poder familiar, todas convergem para um mesmo ponto. Unânime é o reconhecimento da instituição como “protetora da menoridade, que requer o cumprimento de deveres e o exercício de direitos, tendo como território natural e propício de funcionamento a família”<sup>78</sup>.

Por todo o exposto, pode-se perceber que a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o novo Código Civil trouxeram para a configuração atual do poder familiar importantes alterações em relação ao Código Civil de 1916. Embora não tenham ocorrido modificações consideráveis quanto ao conteúdo do instituto, procurou-se destacar que seu exercício deve se dar em prol dos filhos e não no atendimento de interesses exclusivos dos pais. Além disso, e estas foram as grandes inovações, firmou-se a igualdade dos cônjuges, entre si e para com seus filhos, bem como a igualdade dos filhos, considerando-os iguais em direitos e deveres, sem que se faça qualquer discriminação quanto à origem de sua filiação.

---

<sup>76</sup> MUNIZ, Francisco José Ferreira; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *Idem*, p. 31.

<sup>77</sup> MUNIZ, Francisco José Ferreira; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *Idem*, p. 33.

<sup>78</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, p. 42.

### 1.6.1 O poder familiar na situação de pais que não convivem.

O Código Civil de 2002 traz apenas quatro artigos referentes ao poder familiar na situação de pais que não convivem. São eles:

Art. 1579: “O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. Parágrafo único. Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo”.

Art. 1588: “O pai ou a mãe que contrair novas núpcias não perde o direito de ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados por mandado judicial, provado que não são tratados convenientemente”.

Art. 1632: “A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”.

Art. 1636: “O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro. Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável”.

Pode-se perceber que o Código Civil é bastante omissivo no que tange ao poder familiar na situação de pais que não convivem. Além de não abarcar todas as situações possíveis de não convivência, fazendo referência apenas ao divórcio, à separação judicial e à dissolução da união estável, não traz qualquer regulamentação quanto ao efetivo exercício do poder familiar nessas situações, dizendo apenas que este não será prejudicado pela dissolução do vínculo estabelecido entre o casal.

Segundo Denise Comel, estes artigos “mostram-se intrincados e de difícil compreensão, além de conterem implícita discriminação entre os filhos, sem dizer que não abarcam todas as situações possíveis de não-convivência dos pais”<sup>79</sup>. Segundo ela, a primeira observação a se fazer diz respeito às expressões “modificar os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos”, presente no art. 1579, que trata do divórcio, e “não alterar as relações entre pais e filhos”, trazida pelo art. 1632, referente à

---

<sup>79</sup> COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*, p. 240.

separação judicial, ao divórcio e à dissolução da união estável. A omissão quanto aos termos “direitos e deveres dos pais” no art. 1632 representaria uma diferença no tratamento do divórcio em relação à separação judicial e a união estável? Se a resposta for afirmativa, ter-se-ia então uma distinção no tratamento dos direitos dos filhos frutos de cada tipo de união, o que é vedado constitucionalmente.

Além disso, o art. 1632 fala no direito, que cabe aos pais, de terem em sua companhia seus filhos. O art. 1579 não traz essa previsão. Deve-se entender, então, que tal direito não está garantido aos pais que rompem o vínculo conjugal por meio do divórcio?

A melhor resposta que se pode dar a todas essas questões é a de que o art. 1632 abarca o artigo 1579, disciplinando a situação, inclusive, com maior abrangência. Assim, o art. 1579 não teria razão de existir, visto ter sido compreendido pelo art. 1632, que, até mesmo, faz referência expressa em sua redação à situação do divórcio.

Os arts. 1588, 1636 e o parágrafo único do art. 1579 referem-se à situação do pai ou da mãe que contrai novas núpcias, os quais não perderão, por esse motivo, a companhia dos filhos ou o direito ao poder familiar. Diante dos novos princípios trazidos pela Constituição Federal, tais regras perderam o sentido, visto que hoje prevalece a supremacia do interesse dos filhos diante de qualquer situação, não devendo ser prejudicados por modificações ocorridas na relação entre seus pais.

O que se verifica nas hipóteses de divórcio, separação judicial, dissolução da união estável ou qualquer outra situação que implique na não coexistência de ambos os pais com a criança é a atribuição da convivência a apenas um deles, o que implicará maiores responsabilidades para com o menor. A isto se chama atribuição da guarda. Um dos pais, seja por acordo entre eles ou por determinação judicial, fica encarregado de ter o menor em sua companhia, zelando por seu desenvolvimento físico e mental, enquanto ao outro resta o direito de visita, a fiscalização dos deveres atribuídos ao outro progenitor e o dever de sustento do filho<sup>80</sup>.

---

<sup>80</sup> Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 22: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”.

Código Civil, art. 1589: “O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação”.

A titularidade do poder familiar permanece inalterada nas situações de não convivência dos pais, pois “o poder familiar compete a todo e qualquer pai tão-somente em função do vínculo da paternidade ou maternidade, não sofrendo alterações em função do estado ou situação dos pais nem dos filhos<sup>81</sup>”. No que toca ao exercício deste poder, todavia, dá-se a prevalência do pai que detém a guarda sobre aquele que não a detém, desempenhando aquele quase a totalidade dos direitos e deveres inerentes ao poder familiar, graças à convivência que mantém com o filho.

Embora o pai guardião conte com certa dose de autonomia e independência no exercício do poder familiar como resultado da convivência estabelecida entre ele e o filho, não se deve pensar, todavia, que detém o exercício absoluto e ilimitado deste poder, pois, além da idéia de que o poder familiar deve ser exercido sempre em prol do menor e não no interesse dos pais, o pai não guardião também conta com a titularidade deste poder, o que implica deveres e direitos em relação ao filho, gerando, assim, um controle e relativização do poder exercido pelo cônjuge guardião.

Tem-se, assim, que o poder familiar decorre da relação de filiação que se estabelece, independentemente do estado dos pais. A situação de não convivência não traz modificações quanto à titularidade do poder familiar, contudo, implica em profundas modificações quanto ao exercício deste poder, que ficará, em grande medida, condicionado à detenção do direito de guarda. A guarda, todavia, não se confunde com o exercício do poder familiar. Segundo García Pastor, citado por Denise Comel, “enquanto a guarda se refere a funções que requerem o contato constante entre o adulto e o filho, o exercício refere-se ao poder de decisão sobre a vida dele”<sup>82</sup>.

Segundo Denise Comel<sup>83</sup>, o poder familiar, na situação de não convivência dos pais, exige regulamentação própria e diferenciada, pois há inúmeras discrepâncias quando comparada ao exercício deste poder na hipótese de ambos os pais contarem com a companhia do filho<sup>84</sup>. O Código Civil, por sua vez, deixa bastante a desejar

---

<sup>81</sup> COMEL, Denise Damo. *Idem*, p. 249.

<sup>82</sup> COMEL, Denise Damo. *Idem*, p. 249.

<sup>83</sup> COMEL, Denise Damo. *Idem*, p. 239.

<sup>84</sup> Essa diferenciação se deve, especialmente, ao inevitável afastamento de um dos pais para com o filho em virtude de que este passa a conviver com apenas um deles, assim como à forma de relacionamento que se estabelece entre os cônjuges após a separação, uma vez que, na quase totalidade dos casos, o casal que rompe sua vida em comum guarda profundas mágoas e ressentimentos recíprocos, o que

quanto à regulamentação desta matéria, tratando-a apenas de forma geral nos artigos supramencionados. O que se deve ter em mente, porém, é que de forma alguma o filho poderá ser prejudicado quanto a seus direitos pela alteração na situação de convivência dos seus pais. É o bem-estar do menor que deve prevalecer sempre, em qualquer situação.

---

acaba influenciando e, quase sempre, dificultando, a convivência dos pais com seus filhos. Dessa forma, presume-se a impossibilidade de exercício conjunto do poder familiar após a ruptura da vida conjugal.

## CAPÍTULO 2 – A GUARDA DE FILHOS

### 2.1 Conceito de guarda.

Conceituar o instituto da guarda não é tarefa fácil, pois traz ele em seu bojo diversos elementos e detalhes que dificultam uma precisa definição<sup>85</sup>. Os doutrinadores, ao estudá-lo, elaboram, cada qual, sua própria conceituação. Abaixo trazemos alguns exemplos de conceitos de guarda apresentados pela literatura jurídica.

De Plácido e Silva nos diz que

“[o termo *guarda*] derivado do antigo alemão *warten* (guarda, espera), de que proveito também o inglês *warden* (guarda), de que se formou também o francês *garde*, pela substituição do *w* pelo *g*, é empregado, em sentido genérico, para exprimir *proteção*, *observação*, *vigilância* ou *administração*. (...) Em sentido especial do Direito Civil e do Direito Comercial, *guarda* quer exprimir a obrigação imposta a certas pessoas de ter em *vigilância*, zelando pela sua *conservação*, coisas que lhes são entregues ou confiadas, bem assim manter em vigilância e zelo, protegendo-as, certas pessoas que se encontram sob sua chefia ou direção”<sup>86</sup> (grifos no original).

Adiante, conceitua ele *guarda de filhos*: “É locução indicativa, seja do *direito* ou do *dever*, que compete aos pais ou a cada um dos cônjuges, de *ter em sua companhia* ou *de protegê-los*, nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil. E *guarda*, neste sentido, tanto significa a *custódia* como a proteção que é devida aos filhos pelos pais”<sup>87</sup> (grifos no original).

Para Guilherme Gonçalves Strenger, por sua vez, “guarda de filhos ou menores é o poder-dever submetido a um regime jurídico-legal, de modo a facultar a quem de direito prerrogativas para o exercício de proteção e amparo daquele que a lei considera nessa condição”<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> Silvana Carbonera (CARBONERA, Silvana Maria. *Guarda de filhos na família constitucionalizada*, p. 42) e Waldyr Grisard Filho (GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, p. 55).

<sup>86</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, p. 667.

<sup>87</sup> SILVA, De Plácido e. *Idem, Ibidem*.

<sup>88</sup> STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de filhos*, p. 32.

Segundo a lição de Silvana Maria Carbonera, a guarda poderia ser compreendida como um “instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres, a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessita, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial”<sup>89</sup>.

Por fim, apresentamos o entendimento de Waldyr Grisard Filho, segundo o qual,

“a guarda não se define em si mesma, senão através dos elementos que a asseguram. Conectada ao poder familiar pelos artigos 1634, II, do CC e 21 e 22 do ECA, com forte assento na idéia de posse, como diz o artigo 33 § 1º, dessa lei especial, surge como um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos e é o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções parentais elencadas naquele artigo do CC”<sup>90</sup>.

Dos conceitos apresentados pode-se inferir que, embora a definição de guarda varie bastante entre os autores, o núcleo do conceito é praticamente o mesmo para todos eles, qual seja, a assistência e o cuidado que devem ser dispensados pelos detentores da guarda em prol daqueles que estão sob sua proteção.

## **2. 2 A guarda frente à evolução da sociedade.**

Ao longo das décadas, a sociedade tem passado por inúmeras transformações, e nem sempre os instrumentos jurídicos destinados à sua regulação têm acompanhado de maneira adequada esse desenvolvimento, principalmente no que se refere à entidade familiar, como é o caso da guarda de filhos.

Segundo o histórico da guarda de filhos desenvolvido por Maria Antonieta Pisano Motta<sup>91</sup>, até o final do século XIX, início do século XX, ainda se fazia presente na realidade brasileira uma sociedade que privilegiava a figura do homem, visto ser ele o detentor do poder econômico. Por esse motivo, em havendo a ruptura do vínculo conjugal, a guarda dos filhos era concedida ao pai, pois, levando-se em consideração preferencialmente os interesses financeiros, teria ele maiores condições de criá-los, quando comparado à figura da mãe.

---

<sup>89</sup> CARBONERA, Silvana Maria. *Idem*, p. 47.

<sup>90</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, p. 55.

<sup>91</sup> MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Guarda compartilhada: solução para novos tempos*, IN: *Direito de família e ciências humanas*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2000, p. 80 e ss.



Com a Revolução Industrial, o homem passou a ausentar-se mais do seu lar, devido ao trabalho diário nas fábricas. À mulher, então, coube assumir as responsabilidades da casa, cuidando de sua manutenção e do cuidado dos filhos. Verifica-se, aqui, então, a divisão de papéis entre o homem e a mulher (e também entre o pai e a mãe) presente em nossa cultura até hoje. Nesse contexto, diante de um conflito sobre guarda de filhos, prevalecia a figura da mãe, pois entendia-se estar ela mais apta aos cuidados da prole, visto que cabia a ela essa função. Ao pai, por sua vez, incumbia-se o papel de provedor material dos filhos, através do pagamento da pensão.

Até então se pode dizer que a guarda acompanhou as mudanças ocorridas na sociedade, adaptando-se aos novos valores emergentes. Porém, com o ingresso da mulher no mercado de trabalho e o controle da fertilidade proporcionado pelos métodos contraceptivos novamente se deu uma grande guinada no quadro social, o que não foi acompanhado pelo instituto da guarda.

O que se verifica é que, da mesma forma que a mulher passou a assumir os encargos do pai, contribuindo para o sustento da família, o homem também passou a se interessar mais pelas atividades domésticas, contribuindo para o cuidado com os filhos e desejando manter com eles um contato mais freqüente e afetuoso. Conforme nos diz Eduardo de Oliveira Leite,

“se, até então, o pai natural ou divorciado se abstinha de ingerência na guarda e educação dos filhos, limitando-se ao papel secundário que lhe havia sido reservado pela lei (por ex.: visita ou companhia), a mudança de conduta mais recente revelou a ocorrência de um novo perfil paterno, até então insuspeitável: numerosos pais não mais se sujeitam a uma posição “lateral”, após a ruptura da união, e reivindicam a participação na educação de seus filhos, independente das previsões legais. Tanto na separação fática (no caso das famílias naturais) quanto nas jurídicas (próprias das famílias legítimas) todo um conjunto de reivindicações tem sido invocados pelos “novos” pais, colocando em cheque as previsões legais, até então, inquestionáveis nestas matérias”<sup>92</sup>.

Assim, embora os papéis familiares tenham se transformado a partir das mudanças ocorridas na sociedade, o que se percebe é que a lei continua a proteger uma situação já não condizente com a realidade, levando a uma série de decisões

---

<sup>92</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: a situação de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*, p. 190.

equivocadas por parte dos magistrados, prejudicando pais e filhos. Nos diz ainda o mesmo autor,

“o perigo maior continua residindo nos preconceitos decorrentes do sexo, sempre negativos em relação ao homem, quando se trata de guarda. A referência ao papel tradicional da mãe ‘naturalmente’ boa, abnegada, apegada aos filhos, continua exercendo um poderoso fascínio sobre os magistrados, que não conseguem se desembaraçar de uma tradição, hoje, contestada a nível fático. Para a maioria dos magistrados, como afirmou Décoret, ‘as mulheres são mais mães do que os homens, pais’<sup>93</sup>.

Embora tenham ocorrido constantes lutas para se reconhecer a igualdade entre homens e mulheres – o que de fato aconteceu com a Constituição Federal de 1988<sup>94</sup> – ainda há a prevalência da mãe no tocante à guarda de filhos.

A guarda compartilhada constitui um novo modelo de guarda de filhos que pretende efetivar o princípio da igualdade, consolidado no texto constitucional, e atender aos interesses de pais e filhos, quando da ruptura sociedade conjugal, na medida em que disponibiliza um maior contato entre eles. Visa atender, assim, aos reclamos presentes nessa nova sociedade na qual nos inserimos, conforme mais à frente estudaremos.

### 2.3 Critérios para determinação da guarda.

No Brasil, o Código Civil de 1916 regulamentava a guarda de filhos no caso de ruptura da sociedade conjugal em seus arts. 325 a 328<sup>95</sup>. Tais regras foram revogadas

---

<sup>93</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Idem*, p. 200.

<sup>94</sup> Art. 5º, I (“homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”), com reflexo, entre outros, no art. 226, § 5º (“Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”).

<sup>95</sup> Código Civil de 1916, art. 325: “No caso de dissolução da sociedade conjugal por desquite amigável, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos”.

Art. 326 (com redação alterada pela Lei 4.121/1962): “Sendo desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente. § 1º. Se ambos os cônjuges forem culpados ficarão em poder da mãe os filhos menores salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles. § 2º. Verificado que não devam os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges ainda que não mantenham relações sociais com o outro a quem, entretanto, será assegurado o direito de visita”.

Art. 327: “Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular, por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores, a situação deles para com os pais. Parágrafo único. Se todos os filhos couberem a um só cônjuge, fixará o juiz a contribuição com que para o sustento deles haja de concorrer o outro”.

com o advento da Lei do Divórcio de 1977, que tratava da matéria em seus arts. 9º a 16 e trazia distinções conforme se desse a desunião pela forma litigiosa ou consensual. O art. 9º da referida lei traz a mesma disposição presente no art. 325 do antigo Código Civil, pois, nas palavras de Bevilacqua, citado por Waldyr Grisard Filho, “ninguém maior interesse poderá ter sobre a sua prole’ senão os pais, devendo a lei ‘respeitar-lhes a vontade”<sup>96</sup>. Além disso, o Código de Processo Civil, no art. 1.121, inciso II, nos diz que a petição inicial de separação consensual deverá conter “o acordo relativo à guarda dos filhos menores e o regime de visitas”.

No caso de separação judicial fundada na culpa, nos diz o art. 10 da Lei do Divórcio que “os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa”. Sendo, porém, a culpa de ambos os cônjuges, ficarão os filhos com a mãe ou sob a guarda de qualquer pessoa da família de qualquer dos pais, se a eles, por qualquer motivo, não for conveniente conceder a guarda, conforme os §§ 1º e 2º do mesmo artigo, repetindo o art. 326 do Código Civil de 1916.

Quando houvesse ruptura da vida em comum há mais de um ano consecutivo e impossibilidade de reconstituição da vida comum, os filhos ficariam “em poder do cônjuge em cuja companhia estavam durante o tempo da ruptura da vida em comum”. No caso de separação judicial fundada em doença mental grave acometida a um dos cônjuges, o juiz deveria conceder a guarda dos filhos ao cônjuge sadio, que estivesse “em condição de assumir, normalmente, a responsabilidade de sua [dos filhos] guarda e educação”, conforme se depreende dos arts. 11 e 12, respectivamente, da mesma lei.

O art. 13, contudo, trazia disposição especial ao referir-se à “motivos graves”. Segundo o mesmo artigo, “se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais”. Já aqui, portanto, percebe-se a prevalência do interesse do menor sobre os interesses dos pais. Este princípio tornava relativa as regras anteriores, autorizando o juiz a afasta-las conforme percebesse não estar sendo privilegiado o bem-estar do menor.

---

Art. 328: “No caso de anulação do casamento, havendo filhos comuns, observar-se-á o disposto nos arts. 326 e 327”.

<sup>96</sup> BEVILACQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, p. 223 apud GRISARD FILHO, Waldyr. *Idem*, p. 144.

Poderíamos dizer que os dispositivos trazidos pela Lei do Divórcio tratados até agora são praticamente cópia dos artigos do antigo Código Civil, tecendo pequenas alterações. Contudo, inovou a referida lei ao tratar, em seu art. 15<sup>97</sup>, do direito de visita em dispositivo autônomo, o que até então não havia acontecido.

Por força desse artigo, é assegurado ao pai que não possui a guarda o direito de visitar seu filho, tê-lo em sua companhia, além de fiscalizar a atuação do outro progenitor, pois o genitor não-guardião, como já dissemos, não perde o poder familiar em decorrência do rompimento dos vínculos conjugais.

Waldyr Grisard Filho afirma que pela interpretação dos arts. 10 e 15 da Lei do Divórcio nítida se faz a intenção do legislador em estabelecer a guarda única no ordenamento jurídico, pois, no primeiro artigo, há a determinação de atribuição da guarda a apenas um dos cônjuges, preferencialmente a mãe; e, no segundo, assegura-se ao outro progenitor – em geral o pai – o direito de visitas a seu filho. Tais disposições, todavia, ferem o princípio constitucional da isonomia firmado na Constituição Federal. De acordo com o autor supracitado, no sistema de guarda única, “ao genitor não-guardião [fica] assim reservado um papel verdadeiramente secundário, que o [priva] do integral relacionamento com seu filho, situação que tem sido objeto de questionamento não só por juristas, mas também por sociólogo, psiquiatras, médicos, assistentes sociais”<sup>98</sup>.

O Código Civil de 2002, por sua vez, trata da matéria à luz dos princípios constitucionais, pautando-se no melhor interesse da criança, que deverá prevalecer sempre sobre o dos adultos. Nas palavras de Waldyr Grisard Filho,

“mesmo recepcionando alguns princípios já previstos na antiga Lei do Divórcio, o novo Código Civil rompeu com o sistema precedente, que vinculava a guarda dos filhos à verificação da culpa de um dos cônjuges pela separação, determinando que, na falta de acordo entre os pais, a guarda será ‘atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la (artigo 1.584)’<sup>99</sup>”.

Prioriza-se, assim, os superiores interesses da criança.

Além disso, a Declaração de Genebra de 1924, a Declaração dos Direitos Humanos da ONU de 1948, a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 e

---

<sup>97</sup> Lei do Divórcio, art. 15: “Os pais em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo fixar o juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação”.

<sup>98</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. *Idem*, p. 152.

<sup>99</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. *Idem*, p. 153.

a Convenção de 1989, recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro conforme o § 2º, do art. 5º da Constituição Federal<sup>100</sup>, afirmam que “todas as ações relativas às crianças realizadas por instituições públicas ou privadas, tribunais, órgãos legislativos ou administrativos, devem considerar primeiro o interesse maior da criança, que assim se transforma no principal fundamento para todas as decisões judiciais a respeito da guarda de filhos menores”<sup>101</sup>.

O que podemos observar, conforme o estudo desenvolvido por Sílvia Pimentel, Beatriz di Giorgi e Flávia Piovesan, citadas por Waldyr Grisard Filho<sup>102</sup>, é que o instituto da guarda de filhos passou por períodos distintos dentro do ordenamento jurídico:

“no período anterior à Lei do Divórcio (1970 a 1977) a determinação da guarda era invariavelmente deferida à mãe, exceto em situações extraordinárias. O interesse do menor só camufladamente era considerado. (...) Em um segundo período, que se estende da Lei do Divórcio até a Constituição Federal (1978 a 1988), o interesse do menor, como critério decisivo na determinação da guarda, é reforçado. (...) No terceiro período analisado pelas autoras, pós-Constituição de 1988, o interesse do menor na determinação da guarda é reforçado de forma acentuada, para cumprir vetor constitucional, que enfatiza e prioriza os direitos da criança e do adolescente”.

Quando da dissolução da sociedade conjugal cabe a decisão sobre com qual dos cônjuges ficará a guarda dos filhos. Tal determinação poderá decorrer de um acordo feito entre os pais, e homologado pelo juiz, ou por meio de decisão do magistrado. Em qualquer dos casos, porém, alguns critérios terão que ser necessariamente observados. Dentre eles, destacam-se: o interesse do menor; idade e sexo; a irmandade; a opinião do menor; e o comportamento dos pais<sup>103</sup>.

Quanto ao interesse do menor, este critério vem determinado pelo art. 1.586 do Código Civil<sup>104</sup> e deve ser entendido como referente à ordem material e, principalmente,

---

<sup>100</sup> Constituição Federal, art. 5º, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

<sup>101</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: uma nova dimensão na convivência familiar. O discurso do judiciário. IN: APASE. *Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos*, p. 75.

<sup>102</sup> PIMENTEL, Sílvia; DI GIORGI, Beatriz; PIOVESAN, Flávia. A figura/personagem mulher em processo de família. p. 20-21 *apud* GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, p. 211/212.

<sup>103</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. *Idem*, p. 68.

<sup>104</sup> Código Civil, art. 1.586: “Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais”.

moral, ao qual aquela – material –, em situações normais, não poderá se sobrepor<sup>105</sup>. Embora se trate de uma expressão bastante vaga e imprecisa, é possível ao juiz, no caso concreto, observar algumas situações que serão determinantes para a efetivação do melhor interesse do menor, tais como: desenvolvimento físico e moral da criança, suas relações sociais, o apego ou indiferença a algum dos pais, idade, irmandade etc. De fato, trata-se tal critério de situação a ser verificada em cada caso concreto, sendo impossível apreciações gerais ou prévias. Nas palavras de Waldyr Grisard Filho, “o interesse concreto do menor, buscado em seu futuro, com o fim de protegê-lo e lograr seu desenvolvimento e sua estabilidade, apto à formação equilibrada de sua personalidade, é *critério de decisão* do juiz”<sup>106</sup> (grifos no original).

Por certo que, em determinados momentos, a criança terá maior necessidade de um ou outro progenitor, como é o caso de menor em *tenra idade*, que sentirá maior necessidade dos cuidados da mãe, seja por questões de sobrevivência, seja devido a aspectos psicológicos, segundo os quais a figura materna apresenta, nesse primeiro estágio de vida, um papel singular na vida da criança<sup>107</sup>. A nova ordem constitucional refletida no atual Código Civil, porém relativizou em muito a questão da idade como determinante à atribuição da guarda. Como vimos, o que prevalece hoje é o interesse do menor, que não se vincula obrigatoriamente a esse e outros fatores.

Outra questão a ser considerada é a irmandade. Não é recomendável que os filhos sejam afastados entre si, ainda mais se contarem com idades próximas, o que fortalece o liame entre eles. O intuito é não separar ainda mais uma família já fragmentada. Contudo, se se verificar impossível que permaneçam unidos, o ideal é implementar um amplo regime de visitação.

No que tange à ouvida dos menores nos processos de separação e divórcio, nossa lei é silente a respeito. Contudo, tem-se, para grande parte da doutrina, que o menor deve ser ouvido pelo juiz sempre que possível, a fim de que, conhecendo um pouco mais de seu ambiente, chegue-se a uma decisão o menos afastada da realidade possível. Não é pacífico, porém, a partir de qual idade poderá o menor ser ouvido e de que forma poderá sê-lo. O que se verifica é que, não raro, os pais, em processo litigioso

---

<sup>105</sup> Excetua-se a regra no caso de doença, por exemplo.

<sup>106</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. *Idem*, p. 70.

<sup>107</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. *Idem*, p. 74.

de separação ou divórcio, usam de artifícios para seduzir a opinião dos filhos a seu favor. Por isso, defende-se a ouvida do menor, em especial se púbere, desde que manifeste um certo grau de maturidade, sendo capaz de expressar sua opinião com base em sua própria concepção de realidade. Jamais, todavia, deve-se exigir dele que escolha entre um pai ou outro, pois seria inseri-lo ainda mais num conflito do qual pretende-se seja o menos possível influenciado. Além disso, tal depoimento não deve ser vinculante ao juiz, mas apenas nortear-lhe a decisão.

Outro critério a ser analisado no momento de deferimento da guarda é a conduta dos pais. Devem ser analisadas pelo juiz tanto suas condições morais quanto materiais<sup>108</sup>. Qualquer conduta ilícita ou contrária à ordem e à moral pesarão negativamente sobre o pai autor, pois, sendo o menor um indivíduo em formação, deverá ficar o mais longe possível de pessoas que possam prejudicá-lo ou mal influenciá-lo, mesmo que isso implique no afastamento de um de seus pais.

São, assim, vários os princípios que devem ser considerados pelo juiz no momento de decidir com qual dos pais ficarão os filhos após a ruptura do convívio conjugal. Contudo, deve prevalecer sempre o interesse do menor, pois sendo este sujeito de direitos, e não objeto de interesse dos pais, conta com direito à proteção, à assistência e à educação<sup>109</sup>. Por conta desse princípio também é que se tem que a decisão acerca da guarda e do regime de visitação dos filhos não faz coisa julgada, podendo ser modificada a qualquer tempo quando as circunstâncias assim o exigirem<sup>110</sup>.

## **2.4 Modalidades de guarda.**

A guarda pode ser assim dividida<sup>111</sup>, conforme se verifica da experiência brasileira e estrangeira: comum, única (dividida ou exclusiva), alternada, sob a forma de aninhamento (ou nidadação), ou compartilhada.

---

<sup>108</sup> Com as ressalvas já feitas anteriormente.

<sup>109</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. *Idem, Ibidem*.

<sup>110</sup> Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 35: "A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público".

<sup>111</sup> Classificação construída com base na categorização elaborada por diversos autores.

A guarda comum é aquela na qual os direitos e deveres inerentes ao poder parental são exercidos em igualdade de condições pelo pai e pela mãe, seja na constância do casamento ou em qualquer outra forma de núcleo familiar, graças à convivência diária e constante que se estabelece entre os pais e os filhos. Segundo Waldyr Grisard Filho, a guarda comum não decorre do Estado nem da lei, que apenas regula seu exercício, mas tão-só do poder familiar, naturalmente originado do fato da maternidade e da paternidade<sup>112</sup>.

Com exceção da guarda comum, todas as demais formas de guarda de filhos decorrem da dissolução do núcleo familiar. “Na constância do casamento, ou em outra forma de família, o exercício da guarda é comum. Domina a idéia de que as decisões tomadas por um dos pais são naturalmente aceitas pelo outro. Com a ruptura, entretanto, bipartem-se as funções parentais e as decisões passam a ser tomadas unilateralmente. Ao genitor que discordar cabe recurso ao Judiciário”<sup>113</sup>.

No modelo de guarda única, dividida ou exclusiva, o menor estará sob os cuidados diretos de apenas um dos pais, com o qual reside, recebendo visitas, em geral agendadas, do outro progenitor.

O art. 33 do ECA<sup>114</sup> atribui várias funções ao guardião do menor, dentre elas, o dever de prestar assistência material, moral e educacional ao filho, além de poder opor-se a terceiros. O exercício dessas funções está, em grande parte, integrado ao próprio exercício do poder familiar<sup>115</sup>, pois já vimos que a guarda não implica em modificação na titularidade do poder familiar, mas altera substancialmente seu exercício. Por possibilitar o contato constante do guardião com o menor, a guarda favorece o exercício do poder familiar ao pai que a detém, enquanto ao outro progenitor, exatamente pelo motivo contrário, o exercício desse poder encontra-se limitado. Nas palavras de Denise Damo Comel,

---

<sup>112</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, p. 80.

<sup>113</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. *Idem*, p. 69.

<sup>114</sup> Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 33: “A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”.

<sup>115</sup> A guarda nem sempre está relacionada ao poder familiar, como é o caso da tutela, por exemplo.



“a guarda, juridicamente determinada, coloca o pai-guardião à frente do outro pai na obrigação de desempenhar praticamente todas as funções e deveres inerentes ao poder familiar, em virtude da convivência que se estabelece com ele [filho] (...) Mas a guarda assim atribuída não implica, de qualquer forma, exercício absoluto e ilimitado de poder, já que o outro pai não é excluído da vida do filho, senão também conserva outros deveres e direitos relativamente à função”<sup>116</sup>.

Na guarda alternada, cada genitor exerce, alternativamente, a guarda do filho com todos os atributos que lhe são próprios. Assim, segundo um período de tempo pré-determinado, que poderá ser anual, semestral, mensal, ou mesmo diário, de acordo com o que for convencionado pelos pais, contarão estes com a presença física do filho, bem como gozarão, de forma exclusiva, da totalidade dos poderes e deveres que integram o poder parental.

A guarda alternada é um modelo de atribuição de guarda bastante criticado no direito brasileiro, pois a alternância entre a casa do pai e da mãe impossibilita a continuidade de um lar para a criança, o que dificulta a consolidação de hábitos, valores, padrões e demais elementos essenciais à formação de sua personalidade, em decorrência da instabilidade psíquica criada pela constante mudança de referenciais.

O aninhamento ou nidação é um sistema de guarda no qual os filhos passam a residir em uma única casa, e os pais a ela se mudam periodicamente, a fim de com eles conviverem. Dentro desse período, da mesma forma como ocorre na guarda alternada, o progenitor exerce com exclusividade os poderes e deveres inerentes ao poder parental. Este modelo de guarda constitui um sistema bem pouco aplicado em especial pelos altos custos que enseja, visto exigir a manutenção de três casas: do pai, da mãe e dos filhos.

Do modelo compartilhado de atribuição de guarda, objeto do presente trabalho, nos ocuparemos na seção seguinte, de forma mais minuciosa. Contudo, a fim de melhor compreendermos o tema, cabe ainda trazer uma outra classificação de guarda apresentada pela doutrina: guarda física (ou material) e guarda jurídica.

A guarda física consistiria no contato físico, na convivência, com o menor. A guarda jurídica seria a detenção dos atributos inerentes ao poder familiar, que inclui, dentre outras funções<sup>117</sup>, tomar decisões referentes ao menor.

---

<sup>116</sup> COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*, p. 249.

<sup>117</sup> Código Civil, art. 1634.

No modelo único de atribuição de guarda, que prevalece no Brasil, tem-se que, segundo a lição de Waldyr Grisard Filho, “a *guarda jurídica* é exercida a distância pelo genitor não-guardião. A *guarda material* prevista no artigo 33, § 1º, do ECA realiza-se pela proximidade diária do genitor que conviva com o filho, monoparentalmente, encerrando a idéia de posse ou cargo”<sup>118</sup> (grifos no original). Contudo, adverte o mesmo autor, logo em seguida: “Em verdade, o que obtenha a guarda material exercerá o poder familiar em toda a sua extensão”<sup>119</sup>. Isso se dá pela divisão entre titularidade e exercício do poder parental que este modelo de guarda impõe, conforme já analisamos. O mesmo não ocorre na guarda compartilhada, conforme adiante estudaremos.

---

<sup>118</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, p. 86.

<sup>119</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. *Idem*, p. 86.

## CAPÍTULO 3 – GUARDA COMPARTILHADA

### 3.1 Conceito.

Vários são os conceitos de guarda compartilhada apresentados pela doutrina. Não há, contudo, grande variação de conteúdo entre eles, conforme veremos a seguir.

Para Hughes Fulchiron, citado por Waldyr Grisard Filho<sup>1</sup>, “a guarda compartilhada ‘é um dos meios de assegurar o exercício da autoridade parental que o pai e a mãe desejam continuar a exercer na totalidade conjuntamente’”. Para o próprio professor Grisard, “a guarda compartilhada, ou conjunta, é um dos meios de exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em conjunto quando fragmentada a família”<sup>2</sup>. Acrescenta ainda o mesmo autor: “ela nasceu há pouco mais de 20 anos na Inglaterra e de lá trasladou-se para a Europa continental, desenvolvendo-se na França. Depois atravessou o Atlântico, encontrando eco no Canadá e nos Estados Unidos. Presentemente desenvolve-se na Argentina e no Uruguai”<sup>3</sup>.

Segundo Marcos Alves da Silva, “a guarda conjunta nada mais é que o efetivo exercício da autoridade parental, simultaneamente, pelo pai e pela mãe, após o rompimento de sua união, seja ela conjugal ou de fato”<sup>4</sup>.

Para Eduardo de Oliveira Leite, a guarda conjunta seria o “exercício comum da autoridade parental”<sup>5</sup> e, assim, “quando se fala em ‘guarda’ conjunta, a noção não se esgota na mera guarda, mas num conjunto de prerrogativas que são exercidas pelos pais em relação aos filhos”<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> FULCHIRON, Hughes. Autorité parental et parents désunie. *Apud* GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, p. 133.

<sup>2</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. *Idem*, p. 126.

<sup>3</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. *Idem*, p. 133.

<sup>4</sup> SILVA, Marcos Alves da. *Do pátrio poder à autoridade parental*, p. 64.

<sup>5</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*, p. 261.

<sup>6</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Idem*, p. 264.

Na definição elaborada e sugerida pela ParticiPais<sup>7</sup>, “guarda compartilhada é o sistema de corresponsabilização do dever familiar entre os pais, em que ambos participam igualmente das decisões dos filhos, bem como dos direitos e deveres emergentes do poder familiar”.

Já o projeto de lei nº 6.350 de 2002 proposto pelo deputado Tilden Santiago, ainda em tramitação no Congresso Nacional, define a guarda compartilhada, em seu art. 2º, como sendo “o sistema de corresponsabilização do dever familiar entre os pais, em caso de ruptura conjugal ou da convivência, em que os pais participam igualmente a guarda material dos filhos, bem como os direitos e deveres emergentes do poder familiar”.

Sérgio Eduardo Nick, por sua vez, nos diz que

“o termo guarda compartilhada ou guarda conjunta de menores (“joint custody”, em inglês) refere-se à possibilidade dos filhos de pais separados serem assistidos por ambos os pais. Nela, os pais tem efetiva e equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quanto ao bem estar de seus filhos e frequentemente tem uma paridade maior no cuidado a eles do que os pais com guarda única”<sup>8</sup>.

Há alguns autores que, para elaborarem a definição de guarda compartilhada, subdividem o conceito de guarda de filhos em dois tópicos: guarda física e guarda jurídica, relacionando a guarda conjunta a um ou outro – em geral, à guarda jurídica. Para outros, a própria definição de guarda compartilhada comporta essas duas possibilidades.

Sérgio Eduardo Nick, embora formule um conceito único, citado acima, admite a divisão da guarda compartilhada em jurídica (“joint legal custody”) e física (“joint physical custody”), participando, portanto, do segundo grupo, o qual admite esta subdivisão no conceito de guarda compartilhada. Segundo ele,

“joint legal custody” se refere a tomar decisões em conjunto; o que implica em deixar claro que mesmo em situações de divórcio a criança tem dois pais e a comunicação entre eles deve ser encorajada no que concerne a assuntos relacionados a seus filhos. Neste caso, a(s) criança(s)

---

<sup>7</sup> Associação Pela Participação de Pais e Mães Separados na Vida de Seus Filhos. Em <http://br.geocities.com/participais/glossario/gc.html>. Acesso em 29/10/2006.

<sup>8</sup> NICK, Sérgio Eduardo. *Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados*, p. 09. Em [www.apase.org.br](http://www.apase.org.br). Acesso em 25/06/2007.

mora(m) primariamente com um dos pais. Já a 'joint physical custody' é um arranjo para que ambos os pais possam estar o maior tempo possível com seus filhos"<sup>9</sup>.

Para Maria Antonieta Pisano Motta,

"a guarda *física* conjunta ou compartilhada refere-se aos aspectos mais concretos da guarda e das visitas. Implica a divisão do tempo passado com a criança entre os dois genitores. Aproxima-se da guarda alternada no sentido de que a criança terá moradias diferentes em períodos de tempo alternados, porém diferencia-se dela pois a guarda legal conjunta implica em que os guardiães legais sejam ambos os pais. A guarda física conjunta pode assumir muitas formas e os pais podem negociar ou modificar a divisão de tempo de convivência com a criança, levando em conta as necessidades de adultos e crianças. (...) A guarda *legal* conjunta ou compartilhada ou dividida é um tipo de guarda onde ambos os genitores dividem a responsabilidade legal sobre os filhos ao mesmo tempo e ambos compartilham as responsabilidades pelas decisões importantes relativas ao filho"<sup>10</sup>. Mais adiante, porém, a autora explica: "o que, no nosso entender, efetivamente define este tipo de guarda é o fato de ambos os pais compartilharem os direitos e deveres emergentes do pátrio poder"<sup>11</sup> (grifo nosso).

Identifica a autora, dessa forma, a guarda compartilhada ao por ela denominada "guarda legal conjunta".

O desembargador Sérgio Gischkow Pereira, da mesma forma, relaciona a guarda compartilhada à guarda conjunta jurídica, conforme pode-se depreender do conceito por ele elaborado: "a guarda ou custódia conjunta [é] a situação em que fiquem como detentores da guarda *jurídica* sobre um menor pessoas residentes em locais separados. O caso mais comum será o relacionado a casais que, uma vez separados, ficariam ambos com a custódia dos filhos, ao contrário do sistema consagrado em nosso ordenamento jurídico"<sup>12</sup> (grifo nosso).

Segundo Paulo Andreatto Bonfim, "a guarda compartilhada deveria se limitar à responsabilidade partilhada, que em muitos ex-casais já ocorre normalmente, mas ela não deveria significar divisão rígida em termos de tempo e de espaço físico da criança. (...) De fato, na guarda compartilhada, o que se partilha não é a posse, mas sim a responsabilidade dos pais pela educação, saúde, formação, bem-estar etc do menor"<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> NICK, Sérgio Eduardo. *Idem*, p. 09.

<sup>10</sup> MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Idem*, p. 85.

<sup>11</sup> MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Idem, ibidem*.

<sup>12</sup> PEREIRA, Sérgio Gischkow. A guarda conjunta de menores no direito brasileiro. IN: *Ajuris* 36, ano XIII, Porto Alegre, 1986, p. 54.

<sup>13</sup> BONFIM, Paulo Andreatto. *Guarda compartilhada x guarda alternada – Delineamentos teóricos e práticos*. Disponível em [http://www.escriptorioonline.com/webnews/imprime.php?id\\_noticia=6485&PHPSESSID=&](http://www.escriptorioonline.com/webnews/imprime.php?id_noticia=6485&PHPSESSID=&). Acesso em 08/10/2006.

Após a análise dos conceitos, todavia, cabe a ressalva trazida por Eduardo de Oliveira Leite, que nos diz que a expressão guarda conjunta “é imprópria, na medida em que a separação põe fim à coabitação dos pais”<sup>14</sup>. Segundo Fulchiron, “Eles não podem dividir a guarda da criança salvo se eles a acolherem, cada um a seu turno nos seus respectivos domicílios. Mas, de qualquer maneira, a guarda não é nunca conjunta (...) em caso de divórcio a guarda é apenas um dos meios de exercício da autoridade parental que o pai e a mãe querem continuar a exercer na totalidade conjuntamente”<sup>15</sup>. Assim, cabe o alerta de que “na ‘guarda’ conjunta, não é a guarda, mas os outros atributos da autoridade parental que são exercidos em comum”<sup>16</sup>.

### **3.2 A possibilidade da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro atual.**

A Convenção sobre os Direitos da Criança incorporada ao nosso sistema jurídico por força do art. 5º, § 2º da Constituição Federal e ratificada pelo Brasil em 20 de setembro de 1990, diz em seu preâmbulo que “a criança, para o desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade, deve crescer em um ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão”. Vários dos seus artigos trazem considerações acerca da supremacia do interesse do menor. É o que vemos, por exemplo, no arts. 3º; 9º, 2; e 18. Traz o artigo 3º: “Em todas as medidas relativas às crianças, tomadas por instituições de bem estar social públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão consideração primordial os *interesses superiores da criança*” (grifo nosso). O artigo 9º, 2, nos diz que “Os Estados-partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter relações pessoais e contato direto com *ambos*, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança” (grifo nosso). E o art. 18, por fim, reza que “Os Estados-partes envidarão os maiores esforços para assegurar o reconhecimento do

---

<sup>14</sup> LEITE, Eduardo de. *Idem*, p. 261.

<sup>15</sup> FULCHIRON, Hughes. *Apud* LEITE, Eduardo de. *Idem*, *ibidem*.

<sup>16</sup> LEITE, Eduardo de. *Idem*, p. 264.

princípio de que *ambos* os pais têm responsabilidades comuns na educação e desenvolvimento da criança (...)" (grifo nosso).

Tendo sido tal Convenção ratificada pelo Brasil, nosso país assume o compromisso de cumpri-la, sempre pautando suas condutas nos princípios nela trazidos. Além disso, a Constituição Federal, em seu art. 227, nos diz que "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à *convivência familiar* e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão" (grifo nosso). Este princípio irradia-se por toda a legislação infraconstitucional, em especial o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme veremos.

O Código Civil trata da guarda de filhos nos arts. 1.583 a 1.590, que se localizam no capítulo XI denominado "Da proteção da pessoa e dos filhos". Reza, por exemplo, o art. 1.584 que "Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar *melhores condições* para exercê-la" (grifo nosso). O art. 1.586, por sua vez, nos traz a seguinte regra: "Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, *a bem dos filhos*, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais".

O Estatuto da Criança e do Adolescente também traz regras constituídas a partir do princípio constitucional supracitado. É o que vemos, por exemplo nos arts. 3º e 4º, que trazem, praticamente, o mesmo conteúdo do art. 227 da Constituição.

Pelos princípios e artigos mencionados, percebemos o caráter de prevalência que assume os interesses e o bem-estar do menor frente a qualquer atuação estatal e a qualquer outro interesse, dos pais ou de terceiros. E a guarda compartilhada, conforme adiante demonstraremos, é considerada por muitos estudiosos do Direito e das ciências humanas como a forma de guarda de filhos que melhor atende a estes interesses superiores protegidos.

Além destes, o art. 5º, inciso I, da Magna Carta, abre espaço para a possibilidade de implantação da guarda compartilhada no ordenamento jurídico

brasileiro, ao afirmar que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. O que se reflete também no art. 226, § 5º da mesma Carta, segundo o qual “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Da mesma forma que o art. 227, estes princípios constitucionais também direcionam as demais normas do ordenamento jurídico. Com relação ao poder parental, a regra estampada no Código Civil é que ambos os pais o detêm, exercendo-o em igualdade de condições durante a vigência da união. Apenas em situações especiais tal regra será excepcionada e então um dos cônjuges o exercerá de forma exclusiva<sup>17</sup>. A separação ou o divórcio, porém, por força do art. 1.632<sup>18</sup> não alterarão tal relação entre pais e filhos, mas apenas o direito do pai não-guardião de tê-los em sua companhia. O art. 1.634, que trata do exercício do poder familiar, diz que “Compete *aos pais*, quanto à pessoa dos filhos menores (...)”. Além disso, os arts. 1.689 a 1.693, que cuidam do usufruto e da administração dos bens de filhos menores, sempre trazem expressões que indicam a participação comum de ambos os pais no tocante a essas questões.

O Estatuto da Criança e do Adolescente segue a mesma diretriz ao afirmar em seu art. 21 que “O pátrio poder será exercido, *em igualdade de condições*, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência” (grifo nosso).

Dessa forma, nas palavras de Waldyr Grisard Filho, “nenhuma interpretação legal que privilegie um dos pais em detrimento do outro no exercício do *munus* privado da função parental – o complexo de direitos e deveres, que objetivam o melhor interesse dos filhos – estará em harmonia com a natureza da linguagem constitucional”<sup>19</sup>. A preferência materna à atribuição da guarda, em detrimento da figura paterna, poderia ser vista, portanto, como inconstitucional, em face das regras e princípios atualmente vigentes.

---

<sup>17</sup> Código Civil de 2002, art. 1.631: “Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar *aos pais*; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade” (grifo nosso).

<sup>18</sup> Código Civil de 2002, art. 1.632: “A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”.

<sup>19</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: uma nova dimensão na convivência familiar. O discurso do judiciário. IN: APASE. *Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos*, p. 77.



Embora o ordenamento jurídico brasileiro garanta, conforme vimos, a igualdade dos cônjuges no cuidado aos filhos e a persistência da titularidade do poder parental mesmo após a separação, o que se nota na realidade vivenciada pelas famílias desfeitas é a supremacia do pai guardião sobre o não-guardião quanto ao exercício dos direitos em relação aos filhos. Segundo nos alerta Eduardo de Oliveira Leite, “o detentor da guarda passa a exercer o essencial das prerrogativas decorrentes daquela autoridade, enquanto o outro genitor vê-se reduzido ao exercício de um direito de visita e fiscalização”<sup>20</sup>. E Marcos Alves da Silva complementa dizendo que

“a autoridade parental não se confunde com a titularidade. Com o fracionamento da comunhão de vida, somente será possível a manutenção da autoridade parental, se a despeito da separação, ela for exercida, em comum, pelos pais separados, o que se convencionou chamar guarda conjunta ou compartilhada. Fora desses casos, embora o nosso sistema legal não admita, há uma perda, de fato, de parcela significativa da autoridade parental”<sup>21</sup>.

Embora o direito brasileiro seja silente quanto à possibilidade de aplicação da guarda compartilhada, tem-se que a mesma não é vedada por nosso ordenamento jurídico, pois este prioriza o interesse do menor e a igualdade dos pais nos direitos e deveres relativos ao filho. Nas palavras de Waldyr Grisard Filho,

“embora inexistir norma expressa nem seja usual na prática forense, a guarda compartilhada mostra-se lícita e possível em nosso direito, como o único meio de assegurar uma estrita igualdade entre os genitores na condução dos filhos, aumentando a disponibilidade do relacionamento com o pai ou mãe que deixa de morar com a família. Opõe-se, com vantagens, à guarda uniparental, que frustra a adequada convivência do filho com o pai ou a mãe não-guardião, desatendendo às necessidades do menor, que não dispensa a presença, permanente, conjunta, ininterrupta, de ambos os genitores em sua formação para a vida”<sup>22</sup>.

Portanto, mesmo não sendo tratada de forma expressa por nossas leis civis, a guarda compartilhada apresenta-se como um modelo de guarda possível e mesmo mais benéfico aos que dela usufruem, pois garante, de fato, a paridade dos progenitores no cuidado aos filhos e permite a estes a convivência com ambos os pais,

---

<sup>20</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Idem*, p. 213.

<sup>21</sup> SILVA, Marcos Alves da. *Idem*, p. 66.

<sup>22</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, p. 157.

o que atende aos princípios consagrados no direito brasileiro da igualdade dos cônjuges e da supremacia do interesse do menor e a proteção do seu bem-estar<sup>23</sup>.

### **3.3 Vantagens da guarda compartilhada.**

O sistema da guarda compartilhada, como qualquer outro modelo de guarda, conta tanto com adeptos quanto com críticos, cada qual apresentando vantagens e desvantagens em relação à sua aplicação. Por ora, trataremos das vantagens apresentadas, que se estendem tanto ao campo jurídico quanto ao psicológico.

Primeiramente, pode-se dizer que a guarda compartilhada, uma vez que proporciona o efetivo exercício conjunto da autoridade parental, coloca ambos os pais em pé de igualdade, retirando a prevalência de um sobre o outro, conforme se verifica na guarda exclusiva.

Tal igualdade, além de atender ao preceito constitucional consagrado no art. 5º e no art. 226, traz grandes benefícios ao menor, que passa a contar com a presença de ambos os pais em seu desenvolvimento, e também ao pai não-guardião, que se vê inserido de forma mais participativa na vida de seu filho. Nas palavras do professor Eduardo de Oliveira Leite, “na medida em que se aceita a noção de guarda compartilhada, é evidente que a figura paterna ganha novo relevo no ambiente familiar, até então desprezado, em decorrência do tratamento assimétrico dispensado pelo legislador de 1916 às figuras paterna e materna no ambiente familiar”<sup>24</sup>. Tal assimetria, quando presente na relação pais-filhos, traz inúmeras conseqüências negativas, tais como, o afastamento do pai não-guardião de seus filhos e o descumprimento das obrigações materiais, como o pagamento da pensão alimentícia. Segundo estudos de Wallestein e Kelly, citados por Eduardo de Oliveira Leite, “existe evidência em nossas descobertas que, na falta de previsão legal para participar das decisões sobre aspectos

---

<sup>23</sup> Alguns autores, como Sergio Eduardo Nick, chegam à conclusão um pouco diferente: “Se tivermos em conta o E.C.A. e o pátrio poder, seremos levados a concluir que a doutrina brasileira é favorável à guarda compartilhada, ao menos no que tange às responsabilidades e ao cuidado aos filhos. Resta a discussão quanto à visitação e moradia”. (NICK, Sergio Eduardo. *Idem*, p. 27). Contudo, embora a guarda compartilhada direcione-se prioritariamente aos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, ela seguramente trará reflexos no tocante ao contato e à convivência entre eles, trazendo benefícios quando comparada à guarda unilateral, a qual proporciona e até mesmo enseja o afastamento dos filhos em relação ao pai não-guardião.

<sup>24</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Idem*, p. 195.

importantes da vida dos filhos, muitos pais sem custódia afastaram-se dos filhos com tristeza e frustração. Este afastamento foi sentido pelos filhos como rejeição e sobre eles teve um impacto prejudicial”<sup>25</sup>. De acordo com pesquisas realizadas por Stuart e colaboradores e sintetizadas por Maria Antonieta Pisano Motta, “pais que não detêm a guarda sofrem muito mais de depressão e ansiedade e têm maiores problemas de ajustamento do que aqueles pais que detêm a guarda ou são ‘recasados’”<sup>26</sup>. Ainda segundo a mesma autora, “Greif verificou que os homens frequentemente expressam grande tristeza e depressão a respeito da “perda” de seus filhos e sentem que afastar-se é a única maneira de conseguir lidar com esses sentimentos”<sup>27</sup>. A guarda conjunta “diminui os sentimentos de culpa e frustração do pai por não cuidar de seus filhos”<sup>28</sup>.

A guarda compartilhada favorece uma maior proximidade entre o pai não-guardião e seus filhos, tanto no que concerne à tomada de decisões quanto na convivência que se estabelece entre eles, embora caiba frisar que a guarda conjunta não significa, necessariamente, divisão estrita do tempo que o menor passará com seu pai e sua mãe. Ao se sentir próximo e participante da vida do filho, o pai não-guardião se vê estimulado a contribuir materialmente para suprir as necessidades da criança: “quanto mais o pai se afasta do filho, menos lhe parece evidente o pagamento da pensão; quanto mais intenso é o relacionamento, mais natural lhe parece assumir as obrigações decorrentes da paternidade”<sup>29</sup>.

Na guarda unilateral, o sentimento de perda manifestado no pai não-guardião e a hierarquia que se estabelece entre os ex-cônjuges, só faz aumentar os conflitos existentes quando do momento da ruptura. De acordo com Analdino Rodrigues Paulino, não é incomum as visitas paternas serem “sobremaneira dificultadas, com o genitor detentor da guarda usando evasivas ou deliberadamente impedindo os contatos”<sup>30</sup>. A guarda conjunta, ao contrário, favorece o bom relacionamento entre os pais, atenuando os conflitos oriundos da ruptura. Isso se deve ao fato de ambos os genitores se verem igualmente participantes da vida dos filhos, sem que se estabeleça a figura do genitor

---

<sup>25</sup> J. S. WALLERSTEIN e J. B. KELLY *Apud* LEITE, Eduardo de Oliveira. *Idem*, p. 280.

<sup>26</sup> MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Idem*, p. 90.

<sup>27</sup> MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Idem, ibidem*.

<sup>28</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. *Idem*, p. 191.

<sup>29</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Idem*, p. 281.

<sup>30</sup> PAULINO, Analdino Rodrigues. Chamamento à contemporaneidade. IN: APASE. *Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos*, contracapa.

sobrecarregado em suas responsabilidades para com os filhos em contrapartida ao genitor desqualificado nos mesmos direitos. Conforme nos diz Waldyr Grisard Filho,

“a guarda compartilhada (...) desenvolve nos homens e nas mulheres uma genuína consideração pelo ex-parceiro em seu papel de pai ou mãe. Ambos percebem que têm de confiar um no outro como pais. Reforçam-se, assim, mutuamente como pais, significando para eles, apesar de separados, continuar a exercer em conjunto o poder parental, como faziam na constância do casamento”<sup>31</sup>.

Além disso, na guarda compartilhada, enquanto ambos decidem sobre a vida do menor, ambos ganham mais tempo para cuidar de suas próprias vidas, o que favorece a atividade profissional e a “retomada afetiva e psicológica”<sup>32</sup> que deve ocorrer após a ruptura. O que se verifica na sociedade atual é um número cada vez maior de pais interessados na vida dos filhos, buscando participar de seu desenvolvimento de forma mais ativa, bem como um número crescente de mulheres que desejam retomar sua carreira, vendo na guarda conjunta uma forma de conciliar o cuidado aos filhos e a vida profissional.

A guarda compartilhada atende, em especial, o princípio do melhor interesse do menor, pois os filhos são os que mais sofrem as conseqüências negativas derivadas da ausência de um dos pais. Segundo Carlos Roberto Bonato e Willian Diniz Maia,

“pesquisas científicas com credibilidade comprovam que filhos de genitores separados que são abruptamente constrangidos à perda do contato constante com um de seus genitores, pela separação deles, têm mais propensão ao uso de substâncias entorpecentes, ao abandono de escolas, a engravidarem precocemente, a se tornarem delinqüentes quando adolescentes, entre outros”<sup>33</sup>.

Wallerstein e Kelly afirmam que

“2/3 das crianças [por elas] entrevistadas, oriundas de famílias monoparentais, lamentavam a ausência do genitor não-guardião (pai, no caso); que existe uma correlação entre o estado depressivo da criança e a ausência do contato com o pai não-guardião; que a segurança, a confiança e a estabilidade da criança estão diretamente vinculadas à manutenção das relações pais-filhos”<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. *Idem*, p. 190.

<sup>32</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Idem*, p. 282.

<sup>33</sup> BONATO, Carlos Roberto; MAIA, Willian Diniz. IN: APASE. *Idem*, prefácio (p. 09).

<sup>34</sup> J. S. WALLERSTEIN e J. B. KELLY *Apud* LEITE, Eduardo de Oliveira. *Idem*, p. 279.

Segundo Maria Antonieta Pisano Motta, “regimes de comunicação mais fluida e permanente entre pais e filhos são comprovadamente mais benéficos para o desenvolvimento físico e mental saudável das crianças”<sup>35</sup>. E adiante, complementa, “quanto maior é o envolvimento dos pais, menos drástico parece ser o sentimento de perda experimentado pelos filhos, na fase pós-divórcio. (...) e ainda pode ajudar a diminuir eventuais sentimentos de tristeza, solidão e rejeição por parte dos filhos, uma vez que possibilita o acesso sem dificuldades a ambos os pais”<sup>36</sup>.

De acordo com o psicólogo Evandro Luiz Silva, muitos dos sintomas apresentados pelos filhos após a separação dos pais são interpretados como consequência dessa ruptura. Segundo ele, isso é um erro, “porque aqueles sintomas não guardam relação com a separação, mas sim, com a falta que faz o progenitor ausente”<sup>37</sup>.

Assim, várias são as vantagens apresentadas pela guarda compartilhada, que poderiam ser assim resumidas: 1) a guarda conjunta produziria, de fato, uma situação de igualdade entre os ex-cônjuges no tocante aos direitos e responsabilidades em relação aos filhos, atendendo ao princípio da igualdade consagrado no texto constitucional; 2) realçaria a figura do pai, que se encontra desvalorizado no sistema da guarda única, na qual assume um papel secundário na participação da vida do menor; 3) essa valorização da figura paterna traria inúmeros benefícios ao pai, que não mais se sentiria culpado e frustrado por se ver afastado de seus filhos, e também aos menores, pois o genitor não-guardião contribuiria mais espontaneamente com os proventos materiais necessários à manutenção da prole; 4) a guarda compartilhada é a que melhor atenderia ao princípio do melhor interesse do menor, pois, conforme comprovam vários estudos, a criança necessita da convivência com ambos os pais para desenvolver de forma plena e saudável suas aptidões físicas e mentais. A falta de um dos genitores leva a doenças e desvios de personalidade; 5) ao tornar ambos os pais igualmente importantes frente aos filhos, a guarda conjunta tende a abrandar os conflitos oriundos da ruptura existentes entre os ex-cônjuges. Assim, ao contrário do que se verifica na guarda exclusiva, no sistema compartilhado as desavenças tendem a

---

<sup>35</sup> MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Idem*, p. 89.

<sup>36</sup> MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Idem*, p. 91.

<sup>37</sup> SILVA, Evandro Luiz. Guarda de filhos: aspectos psicológicos. IN: APASE. *Idem*, p. 14.

diminuir cada vez mais entre os pais, pois cada um assume a importância do outro para o cuidado com os filhos; e 6) estando ambos os pais responsáveis pelos filhos, cada qual conta com mais tempo para se dedicar a atividades próprias, tais como trabalho e lazer, dando ao homem e à mulher, oportunidades iguais para recomeçarem sua vida, pois não há os típicos papéis de “principal” e “secundário” representados pelos pais, conforme se vê na guarda unilateral.

### **3.4 Desvantagens da guarda compartilhada.**

Após a análise das vantagens do sistema da guarda conjunta, cabe agora o estudo das desvantagens que sua aplicação também engendra, pois, nas palavras de Waldyr Grisard Filho, “evidentemente (...) inexistente um plano de cuidado parental que não traga efeitos colaterais”<sup>38</sup>.

A primeira desvantagem apresentada refere-se à estabilidade necessária ao desenvolvimento psicológico do menor, pois a guarda compartilhada, uma vez que possibilita o acesso maior da criança a ambos os pais, submete-a a um duplo sistema de referenciais, nem sempre coincidentes, o que poderá afetar seu equilíbrio emocional. Segundo Maria Antonieta Pisano Motta, “quando a criança é muito ansiosa ou insegura talvez não tenha estrutura interna para ser submetida a rotinas diferentes ou a regras e normas até certo ponto conflitantes. Provavelmente este tipo de criança necessite de uma rotina mais estável e sempre igual, para fazer frente à turbulência interior mais exacerbada”<sup>39</sup>.

Contudo, a guarda compartilhada não se confunde com a guarda alternada, na qual há verdadeira alternância da criança entre seus dois pais e as casas de cada um deles. Este tipo de guarda sim se contrapõe fortemente ao princípio da continuidade, essencial ao bem-estar físico e mental do menor, e é combatida tanto por juristas quanto por profissionais da área da saúde. A guarda conjunta, por sua vez, exige que o menor possua uma residência única, habitual, na qual encontrará seu “centro de apoio”

---

<sup>38</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. *Idem*, p. 193.

<sup>39</sup> MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Idem*, p. 92.

ou “ponto de referência”<sup>40</sup>, o que não impede o deslocamento da criança até seu outro genitor. Segundo o psicólogo Evandro Luiz Silva:

“assim, não podemos sacrificar a convivência de pais e filhos sob o fraco argumento, desconstituído de qualquer fundamentação teórica ou observação prática rigorosa, de que duas casas podem trazer prejuízos emocionais para a criança, que não poderia ter vínculos com duas casas. Ora, as crianças, como já dito, possuem uma facilidade de adaptação e criação de vínculos, desde que se sintam seguras. Sentindo segurança nas relações com os pais, sentir-se-ão seguras nas casas deles. (...)O grau de intimidade da criança com os pais garantir-lhe-á segurança e permitirá que ela tenha experiências para além da extensão do lar. Crianças nestas condições adaptar-se-ão bem a situações novas, e poderão lidar com frustrações e limites”<sup>41</sup>.

Além disso, pode-se argumentar que a mãe que conta com a guarda exclusiva de seus filhos e exerce atividade profissional fora de casa necessita deixar as crianças com alguém que possa cuidá-las durante o período de sua ausência. Assim, passar o dia, ou parte dele, na casa de avós ou creches, não estaria a colocar a criança também diante de outro referencial, que poderia confundí-la? Se nessas situações a criança reage de forma positiva, por que diante da figura do outro genitor seria diferente?

É praticamente unânime o entendimento, porém, de que o deslocamento da criança entre seus pais apenas é recomendável quando eles residam na mesma cidade, ou próximos um do outro, para que o menor mantenha os vínculos com a escola e a comunidade da qual participa.

Outra crítica apresentada à guarda compartilhada diz que esse sistema de guarda “mascara a realidade e tende a fomentar uma expectativa de reconciliação que é irrealizável”<sup>42</sup>. Tal crítica também se mostra incoerente, pois essa situação não deriva do sistema de guarda adotado, mas da conduta dos pais, e pode ocorrer em qualquer circunstância se os pais não souberem como enfrentá-la. De acordo com Eduardo de Oliveira Leite, “não é a guarda conjunta que cria a ilusão da não destruição da família (perigosa, porque contrária à realidade), mas a ausência de uma postura clara, objetivamente assumida pelos genitores”<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Idem*, p. 283.

<sup>41</sup> SILVA, Evandro Luiz. *Idem*, p. 24.

<sup>42</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Idem*, p. 285.

<sup>43</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Idem, ibidem*.

Outro obstáculo apresentado à guarda compartilhada está na crença de que a mãe é naturalmente mais competente para o cuidado com os filhos. “O perigo maior continua residindo nos preconceitos decorrentes do sexo, sempre negativos em relação ao homem, quando se trata de guarda”<sup>44</sup>. Segundo Evandro Luiz Silva, “o amor materno é um mito no sentido de que não vem pré-determinado, mas sim, que é construído nas relações estabelecidas como qualquer outro amor, e a sua intensidade vai depender de cada relação e de cada pessoa”<sup>45</sup>. Vários foram os avanços em diversos setores da sociedade que contribuíram para a modificação de papéis atribuídos ao homem e a mulher. Hoje não se vê aquela divisão estrita, presente até meados do século passado, na qual aos homens cabia a função de provedor do lar, e às mulheres o cuidado à casa e aos filhos. Os pais estão cada vez mais interessados em participar do dia-a-dia de sua família e do desenvolvimento de seus filhos, demonstrando, em muitos casos, tanta habilidade quanto as mães para o cuidado do lar. É o que se chama de “nova paternidade”. Segundo Elizabeth Badinter, “maternagem não é mais assunto exclusivo das mulheres e as diferenças entre maternidade e paternidade são mais individuais que sexuais”<sup>46</sup>.

Por fim, a desvantagem mais apresentada quanto à guarda conjunta é a exposição a que ela coloca a criança aos conflitos entre os pais, quando estes desentendem-se com frequência. Eduardo de Oliveira Leite nos diz que

“(...) o legislador sempre foi o da organização pós-divórcio, com a atribuição exclusiva ou principal dos encargos familiares, a um só dos pais. Este esquema tradicional traçado pela lei corresponde à maioria das situações pós-divórcio e, provavelmente, deita suas raízes num argumento bastante singelo, mas imantado de significação: se os esposos não se entendem entre si, eles não podem se entender a propósito dos filhos. Por isso se confiam os filhos a um só dos cônjuges, concedendo ao outro direitos reduzidos (de visita, de companhia, etc), evitando assim que o conflito se perpetue em torno dos filhos”<sup>47</sup>.

Segundo Maria Antonieta Pisano Motta, “essas situações são extremamente disruptivas e dificilmente suportáveis pelo frágil psiquismo infantil. Além do que

---

<sup>44</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Idem*, p. 201.

<sup>45</sup> SILVA, Evandro Luiz. *Idem*, p. 17.

<sup>46</sup> BADINTER, Elizabeth. Um amor conquistado: o mito do amor materno. *Apud* SILVA, Evandro Luiz. *Idem*, p. 18.

<sup>47</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Idem*, p. 212.



difficilmente se conseguiria proteger as crianças dos maus sentimentos, do ódio e do desrespeito eivado de mútuas acusações e retaliações”<sup>48</sup>.

A crítica apresentada é igualmente improcedente. O conflito entre os pais, se houver disposição para tal, poderá ocorrer em qualquer tipo de guarda, não sendo conseqüência da implantação do regime de guarda compartilhada. Segundo Eduardo de Oliveira Leite, “o conflito faz parte da natureza humana e é encontrável em qualquer situação, ou em qualquer fórmula, por mais perfeita (se é que existe perfeição) que ela se revele”<sup>49</sup>. Na guarda única, o genitor guardião poderá dificultar o acesso do menor ao genitor não-guardião – o que frequentemente acontece – acarretando desavenças, das quais nem sempre a criança é poupada. Evandro Luiz Silva nos diz que

“sem dúvida a guarda funciona bem, quando os pais conseguem manter um mínimo de convivência pacífica entre eles. Porém, o estabelecimento da guarda independe da relação entre os ex-cônjuges. Os problemas desta relação interferirão independente de ser a guarda exclusiva ou compartilhada. São muito comuns as queixas dos pais que não detêm a guarda de que não conseguiram pegar os filhos nos dias de visita, porque estes saíram com a mãe ou foram para a casa de um amigo, da avó, enfim, não estavam em casa no dia e horário combinado ou determinado judicialmente”<sup>50</sup>.

Além disso, a guarda única favorece ao pai guardião a transmissão de informações – na grande maioria das vezes negativas – acerca do pai não-guardião para a criança, sem que se dê oportunidade para o menor checar essas informações recebidas, pois o tempo passado com o outro genitor é muito escasso para tanto.

“Os filhos precisam conhecer individualmente cada um dos progenitores, independente da idéia que um progenitor faça do outro, ou seja, que a criança forme sua própria verdade na relação com seus pais. O problema que os litígios causariam, não se modificariam com o tipo de guarda. E, para que a criança conheça intimamente seus pais, não bastam algumas horas de visita, mas sim um contato íntimo, como passar a noite, ser levada aos compromissos, fazer as tarefas de aula etc”<sup>51</sup>.

Por fim, temos que

“no estabelecimento da guarda o que se deve se priorizar são vínculos existentes entre a criança e seus pais, e não a relação do ex-casal, pois as desavenças destes farão com que

---

<sup>48</sup> MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Idem*, p. 92.

<sup>49</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Idem*, p. 283.

<sup>50</sup> SILVA, Evandro Luiz. *Idem*, p. 20.

<sup>51</sup> SILVA, Evandro Luiz. *Idem*, p. 21.

nenhum tipo de guarda seja satisfatório. O bom ajustamento da criança à nova vida e sua situação emocional poderão ser afetados pelas desavenças de seus pais. No entanto, vincular o estabelecimento da guarda compartilhada ao bom entendimento dos pais, é um engano, pois se eles não se entendem, a guarda exclusiva também não funciona, não acontecendo as “visitas” e levando, por consequência, um afastamento do progenitor que não detém a guarda. Optando pela guarda compartilhada, no mínimo o direito de convivência com ambos os pais estaria priorizado”<sup>52</sup>.

Portanto, por mais desvantagens que a guarda compartilhada apresente, ela ainda se mostra, quando comparada aos outros sistemas de guarda, como a mais vantajosa, pois é a que mais protege a convivência entre pais e filhos, atendendo aos interesses de todos os envolvidos, em especial daqueles que mais sofrem com a separação: os filhos.

### **3.5 Consequências da guarda compartilhada.**

Em primeiro lugar, na guarda compartilhada, os pais devem decidir sobre o local de moradia do menor. A guarda conjunta, ao contrário da alternada, determina que se estabeleça uma residência única, fixa, ao menor, pois esta “é indispensável à estabilidade da criança que terá, assim, um ponto de referência, um centro de apoio de onde irradiam todos seus contatos com o mundo exterior”<sup>53</sup>. Essa residência poderá ser a casa da mãe, do pai ou mesmo de terceiro, com base na regra de que a guarda deverá ser concedida a quem apresente as melhores condições para exercê-la<sup>54</sup>, a fim de se atender ao princípio do melhor interesse do menor.

Na guarda compartilhada, portanto, da mesma forma que na guarda única, também vislumbra-se a figura de um pai guardião e de um pai não-guardião, sendo que este contará com os direitos e obrigações de visita e hospedagem ao menor<sup>55</sup>. O diferencial da guarda compartilhada sobre a guarda única reside no fato de que nesta ambos os pais detêm, em igualdade de condições, direitos e responsabilidades sobre a

---

<sup>52</sup> SILVA, Evandro Luiz. *Idem, ibidem*.

<sup>53</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Idem*, p. 270.

<sup>54</sup> Código Civil de 2002, art. 1584: “Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la”.

<sup>55</sup> A questão da visita e da hospedagem poderá ter uma importância maior ou menor conforme o arranjo convencionado pelos pais quanto ao contato do filho com o genitor não-guardião (guarda física).

pessoa dos filhos. Assim, “um [pai] terá a guarda física da criança (onde genitor e filho moram), mas ambos detêm a guarda jurídica do filho”<sup>56</sup>.

O que se espera, no sistema de guarda compartilhada, é que ambos os pais tomem a decisão conjuntamente a respeito da residência do menor, sem que se faça necessária a intervenção de autoridade judicial, pois o próprio sistema da guarda conjunta baseia-se no diálogo e no acordo espontâneos exercidos entre os pais.

No tocante à educação do menor, entendida esta em seu sentido mais extenso – educação escolar, religiosa, cotidiana etc –, a guarda compartilhada permite a ambos os pais o seu exercício, ao contrário do que ocorre na guarda unilateral, na qual o genitor guardião encarrega-se dessa função, enquanto ao genitor não-guardião concede-se o papel secundário de supervisor da atuação do pai “educador”. O contato maior entre filho e pai não-guardião permite que este interfira na educação do menor de forma mais ativa. Além disso, “dependem de manifestação comum as decisões de orientação, seqüência ou supressão dos estudos, escolha de um estabelecimento escolar, de uma língua estrangeira, organização de férias, prática esportiva ou artística”<sup>57</sup>.

Quanto à responsabilidade dos pais em relação aos filhos, nos diz o art. 932 do Código Civil que “São também responsáveis pela reparação civil: I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia. (...)”. Da letra do artigo conclui-se que “pai e mãe, enquanto exercem conjuntamente o direito de guarda são solidariamente responsáveis pelos danos causados pelos filhos menores que estão sob seu poder e em sua companhia”<sup>58</sup>. Além disso, sendo ambos os pais responsáveis pela educação do menor, presume-se ambos responsáveis por eventuais erros nela ocorridos.

No tocante ao usufruto e administração dos bens dos filhos menores, segundo o artigo 1.689 do Código Civil<sup>59</sup>, ambos os pais, enquanto detentores do poder familiar, são usufrutuários e administradores dos bens da criança. Levando-se em consideração

---

<sup>56</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Idem*, p. 271.

<sup>57</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Idem*, p. 273.

<sup>58</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Idem*, p. 275.

<sup>59</sup> Código Civil de 2002, art. 1.689: “O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar: I – são usufrutuários dos bens dos filhos; II – têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade”.

que na guarda compartilhada não há distinção entre o genitor guardião e o não-guardião quanto aos poderes inerentes ao poder familiar, tem-se que ambos os pais exercem, efetivamente, as funções elencadas pelo artigo supracitado em relação aos bens de seus filhos.

Outro aspecto a ser considerado é o referente ao pagamento da pensão alimentícia pelo pai não-guardião. A guarda compartilhada exige que, da mesma forma que ocorria durante a vigência da vida em comum, na qual os pais contribuíam para a manutenção e sustento dos filhos, haja a continuidade dessa prestação pecuniária, essencial ao desenvolvimento do menor, após a ruptura da vida conjugal. Conforme adverte Eduardo de Oliveira Leite,

“a ruptura não altera – como deduzem muitos devedores da pensão – a intensidade e a proporção pecuniária vertida até aquele momento. A obrigatoriedade da manutenção persiste como se nada tivesse ocorrido. Logo, pai e mãe decidem, de comum acordo, o montante da pensão conforme as rendas de cada um e a necessidade da criança. Em se tratando de casal, onde só um genitor assegurava as despesas cotidianas, a este revém por inteiro a obrigatoriedade da manutenção”<sup>60</sup>.

A guarda compartilhada, assim, na medida em que concede a ambos os genitores o exercício do poder parental – e não apenas a titularidade –, conserva ambos os pais mais ativamente participantes da vida do filho, tornando-os, de fato, igualmente responsáveis pelos benefícios e encargos relativos à criação do menor, sem que haja a prevalência de um sobre o outro, conforme se dá na guarda unilateral.

### **3.6 Projetos de lei sobre a guarda compartilhada no direito brasileiro.**

Pode-se dizer que há pelo menos quatro projetos de lei visando a alteração dos dispositivos do Código Civil que tratam da guarda compartilhada, quais sejam: Projeto de Lei nº. 6.315/02, do Deputado Feu Rosa; Projeto de Lei nº. 6.350/02, do Deputado Tilden Santiago; Projeto de Lei nº. 6.960/02, do Deputado Ricardo Fiúza; e Projeto de Lei nº. 7.312/02, também de autoria do Deputado Ricardo Fiúza<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Idem*, p. 274.

<sup>61</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: uma nova dimensão na convivência familiar. O discurso do judiciário. IN: APASE, *Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos*, p. 78.

Os Projetos de Lei de nº. 6.960/02 e nº. 7.312/02, ambos de autoria do Deputado Ricardo Fiúza, são bastante abrangentes, visando a alteração de mais de cento e cinquenta artigos do atual Código Civil. Embora proponham alterações referentes também à guarda de filhos, não se destinam a este instituto especificamente. Por esse motivo, não trataremos deles no presente trabalho, nos ocupando apenas dos Projetos de Lei nº. 6.315/02 e nº. 6.350/02, que, estes sim, têm por objeto exclusivamente a modificação dos artigos do Código Civil referentes à guarda de filhos.

O Projeto de Lei nº. 6.315/02, de autoria do Deputado Feu Rosa, apresenta o seguinte teor:

Art. 1º. Esta lei tem por objetivo instituir a guarda compartilhada dos filhos menores pelos pais em caso de separação judicial ou divórcio.

Art. 2º. O art. 1.583 da Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

*Art. 1.583.....*

*Parágrafo único. Nesses casos poderá ser homologada a guarda compartilhada dos filhos menores nos termos do acordo celebrado pelos pais.*

Art. 3º. Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

O art. 1.583 do Código Civil de 2002 nos diz que “No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por *mútuo consentimento* ou pelo divórcio direto *consensual*, observar-se-á o que os cônjuges acordaram sobre a guarda dos filhos” (grifo nosso). Afirmou o Deputado Feu Rosa na Justificação de seu Projeto: “Minha opinião é que, obviamente, só haja possibilidade de tal tipo de guarda se a separação ou divórcio forem consensuais, caso contrário, as crianças estarão ainda mais vulneráveis em meio a discussões sobre onde e com quem devem ir a algum lugar”.

A proposta é válida, uma vez que ratifica uma prática já presente no cotidiano forense, mas ainda carente de proteção jurídica. Porém, a nosso ver, traz o Projeto modificação bastante tímida e sem grande reflexo na prática jurídica, visto que a concessão da guarda compartilhada, conforme analisamos acima, não é defesa pelo sistema legislativo vigente. Ao contrário, é a que melhor atende aos princípios da igualdade dos cônjuges e da superioridade do interesse do menor, ainda mais em se tratando de separação ou divórcio consensuais, no qual se respeita o acordo elaborado pelos pais, desde que em proveito da criança. Além disso, mesmo que se trate de

separação ou divórcio litigiosos, poderá não haver divergências quanto à questão da guarda dos filhos, o que justificaria o juiz conceder a guarda compartilhada mesmo nesses casos, contrariando, assim, o dispositivo de lei desejado pelo Deputado autor do Projeto em questão.

Além do mais, poder-se-ia argumentar que a falta de definição para a guarda compartilhada, deixando-a a cargo da doutrina e dos aplicadores do Direito, poderia abrir margem a conflitos. Exemplo disso reside no fato de alguns a considerarem enquanto guarda jurídica e física, e outros, apenas como guarda jurídica.

A Proposta de Lei de nº. 6.350/02, elaborada pelo Deputado Tilden Santiago em comunhão com grupos de apoio a pais separados, tais como a APASE – Associação de Pais Separados, e a Associação Pais Para Sempre, por sua vez, apresenta-se um pouco mais ousada:

Art. 1º. Esta Lei define a guarda compartilhada, estabelecendo os casos em que será possível.

Art. 2º. Acrescentam-se ao art. 1.583 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, os seguintes parágrafos:

*Art. 1.583.....*

*§1º O juiz, antes de homologar a conciliação, sempre colocará em evidência para as partes as vantagens da guarda compartilhada.*

*§2º Guarda compartilhada é o sistema de responsabilização do dever familiar entre os pais, em caso de ruptura conjugal ou da convivência, em que os pais participam igualmente a guarda material dos filhos, bem como os direitos e deveres emergentes do poder familiar.*

Art. 3º. O artigo 1.584 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação:

*Art. 1.584. Declarada a separação judicial ou o divórcio ou separação de fato sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, o juiz estabelecerá o sistema da guarda compartilhada, sempre que possível, ou, nos casos em que não haja possibilidade, atribuirá a guarda tendo em vista o melhor interesse da criança.*

*§1º A Guarda poderá ser modificada a qualquer momento atendendo sempre ao melhor interesse da criança.*

Art. 4º. Esta lei entra em vigor no dia 10 de janeiro de 2003.

O Projeto supramencionado defende a aplicação da guarda compartilhada, sempre que possível, tanto em casos de separação e divórcio consensuais quanto não consensuais, sempre levando-se em consideração o interesse do menor. Assim, a guarda conjunta teria lugar mesmo em situações onde não haja acordo entre os pais.

Da leitura da redação sugerida ao art. 1.584 do Código Civil pode-se concluir que pretende o Deputado Feu Rosa a implantação da guarda conjunta como regra em

nosso ordenamento, tornando a guarda unilateral exceção, somente viável nos casos em que efetivamente a guarda compartilhada se mostrar prejudicial.

Além disso, o § 1º projetado no art. 1.583 estimula a divulgação do instituto, ao determinar que o juiz sempre coloque em evidência para as partes as vantagens da guarda compartilhada.

O que poderia ser objeto de crítica no Projeto apresentado é a expressão “guarda material” trazida no sugerido § 2º do art. 1.583. Conforme demonstramos nos tópicos anteriores do presente trabalho, a expressão “guarda material”, apresentada por muitos autores, refere-se à guarda física, ao contato que se estabelece entre filhos e pais. A partir disso, poder-se-ia chegar, no mínimo, a duas conclusões: entender tratar-se o Projeto de guarda alternada, ao invés de guarda compartilhada; ou que se pretende a aplicação da guarda compartilhada tanto jurídica quanto física.

Quanto à questão de tratar-se de guarda alternada, outras expressões presentes na redação do parágrafo em questão, tais como “corresponsabilização” e “participam igualmente (...) [nos] direitos e deveres emergentes do poder familiar”, bem como a Justificação ao Projeto trazida pelo Deputado autor, dirimem a dúvida, mostrando claramente tratar-se o projeto de guarda compartilhada.

No tocante à guarda física e jurídica, embora a redação do Projeto remeta às duas possibilidades, a Justificação da proposta, ao dizer que “na guarda compartilhada, um dos pais pode deter a guarda material ou física do filho, ressalvando sempre o fato de dividirem os direitos e deveres emergentes do poder familiar”, deixa claro tratar o projeto de guarda jurídica.

Contudo, seria pertinente ao legislador elaborar uma Lei cuja redação estampe o maior rigor lingüístico possível, a fim de que não se abra espaço para dúvidas ou interpretações conflitantes e até mesmo contrárias aos objetivos da Lei.

Em parecer sobre o Projeto em questão, o Senador Demóstenes Torres – cujo substitutivo foi aprovado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania em março de 2007 – traz considerações acerca do alcance do Projeto, afirmando poder ele se estender também a filhos provenientes de união estável ou relações eventuais. Nas palavras do Senador,

“quanto à técnica legislativa, entendo passíveis de adequação os seguintes tópicos: i) o art. 1º requer ajuste de mérito, para que o comando atenda à finalidade de permitir a guarda compartilhada em função do interesse dos filhos, e sem limita-la, como o faz, aos genitores separados judicialmente, ou divorciados; considere-se que a guarda sobreleva os vínculos biológico e social. Decorre desses vínculos que filhos de uniões estáveis, ou de relações eventuais, também deverão estar sujeitos ao instituto protetivo, e não apenas a prole de pai e mãe separados judicialmente, ou divorciados”.

Tais limitações, todavia, não retiram o mérito da proposta, que, uma vez aprovada, daria maior visibilidade ao instituto da guarda compartilhada, bem como venceria a resistência daqueles que alegam ser a falta de regulação específica um óbice para a adoção deste sistema.



## CONCLUSÃO

Tivemos por objetivo, por meio do presente trabalho, desenvolver o estudo do sistema da guarda compartilhada: o que vem a ser esse modelo de guarda de filhos, a possibilidade de sua aplicação, as vantagens e as desvantagens que apresenta, suas conseqüências e os projetos de lei brasileiros existentes em relação a ela.

Para tanto, iniciamos fazendo uma abordagem sobre o instituto do poder parental, visto que mantém com a guarda de filhos uma grande relação. Examinamos sua apresentação em Roma e outros povos da Antiguidade, como se deu entre os germanos e como se delineou no direito brasileiro, desde as ordenações portuguesas, passando pelo Código Civil de 1916, até chegarmos à sua conotação atual.

Após, traçamos uma análise sobre o sistema da guarda como um todo, abordando seu conceito, os critérios de sua determinação, a evolução por que passou o instituto no Brasil e os vários modelos possíveis.

Por fim, estudamos o regime da guarda compartilhada nos seus mais diversos aspectos.

Vimos que o poder parental apresentou profundas modificações ao longo do tempo. Apresentava-se ele como um direito absoluto em Roma, voltado ao interesse do *pater familias*, que detinha amplos poderes sobre aqueles que estavam sob sua dependência, como sua mulher e filhos. Esses poderes, que também foram encontrados em outros povos da Antiguidade, foram-se restringindo ao longo do tempo, concedendo-se aos filhos e à mulher do *pater* progressivos direitos, conforme se ia limitando os poderes a ele concedidos.

De forma diferente apresentou-se o pátrio poder entre os germanos. Para eles, os poderes concedidos ao pai de família não se davam em função dele, mas tinham por objetivo a proteção dos que se encontravam sob sua dependência.

O direito germano influenciou o sistema familiar de diversos povos europeus; enquanto o direito romano se estendeu fortemente a diversos outros países, dentre eles o Brasil.

O direito presente em nosso país à época das ordenações portuguesas continha uma forte conotação romana, principalmente no que se refere aos poderes do pai em relação aos bens dos filhos, o que mais tarde foi restringido.

O Código Civil de 1916, embora ainda mantivesse um cunho fortemente patriarcal, já se mostrava mais voltado aos interesses dos filhos. O poder concedido ao pai não tinha caráter absoluto nem se mostrava como um fim em si mesmo. Ao contrário, voltava-se à atenção das necessidades daqueles que estavam a ele subordinados.

Com as transformações sociais, foram-se alterando dispositivos do Código, que refletiam valores ultrapassados. O Estatuto da Mulher Casada e a Lei do Divórcio trouxeram modificações importantes no tocante ao poder familiar à medida que o concediam também à mulher. Ao mesmo tempo, buscava-se que esse poder fosse não apenas concedido a ela de forma subsidiária ou lateral, mas que pudesse a mãe também exercê-lo de forma plena, em igualdade de condições com o homem.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, vários novos princípios passaram a vigor no ordenamento jurídico brasileiro. Com ela, consolidou-se valores que, na prática, já vinham sendo buscados e, em certa medida, aplicados, tais como a supremacia do melhor interesse do menor e a igualdade entre o homem e a mulher, inclusive – e principalmente, no caso do objeto de análise do presente trabalho – no âmbito familiar. Tais valores irradiaram-se por toda a legislação infraconstitucional adequando suas normas aos novos princípios e revogando aquelas a eles contrárias. Assim se deu com o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil de 2002, que foram construídos a partir de tais fundamentos e por meio deles é que devem ser interpretados.

A supremacia do melhor interesse da criança e a igualdade entre os cônjuges trouxeram profundas modificações no tocante à titularidade e exercício do poder parental. À medida que se concedeu iguais direitos à mulher em detê-lo e exercitá-lo, perdeu o homem a posição privilegiada que ocupava frente aos filhos.

Esse fator influenciou fortemente o sistema de atribuição da guarda, visto que o exercício do poder familiar está fortemente a ela ligado. Ao dizer a legislação vigente que a ruptura da vida conjugal não interfere na titularidade e exercício desse poder,

necessário se faz que seja encontrado um sistema de atribuição de guarda que efetivamente propicie a manutenção dos direitos e deveres inerentes ao poder familiar a ambos os pais e não apenas a um deles, em decorrência do princípio da igualdade estampado no texto constitucional.

Atualmente, porém o que se verifica é a prevalência da figura materna sobre a paterna no que tange à atribuição da guarda, fator este decorrente, entre outros, do mito do amor materno e do preconceito em relação ao homem quanto às atividades do lar e do cuidado aos filhos. Por tudo isso se diz que o sistema de atribuição da guarda não vem acompanhando as evoluções sociais. Num momento em que homem e mulher dividem de maneira equivalente as atividades profissionais e familiares, não se pode conceber que a figura da mãe prevaleça de forma absoluta sobre a do pai. Há, assim, a desvalorização da figura paterna frente à materna num contexto em que se defende prioritariamente a igualdade entre os sexos e a não discriminação em decorrência desse fator.

Ao colocar a figura de ambos os pais como igualmente responsáveis pelo desenvolvimento dos filhos, a guarda compartilhada (ou conjunta), uma vez que atende aos princípios da igualdade entre os pais e a supremacia do melhor interesse da criança, surge como um sistema de atribuição de guarda atento às novas exigências sociais e capaz de concretizar os valores trazidos pela Constituição Federal. Trata-se de um compromisso assumido pelo País não apenas em âmbito interno como também internacional – por meio das várias Convenções a respeito de que o Brasil é parte – para regular de forma mais justa e de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana as relações familiares, protegendo as expectativas e o bem-estar de cada um dos envolvidos.

A guarda compartilhada pode ser entendida como aquele sistema no qual ambos os pais participam efetivamente da vida do menor, tomando decisões a seu respeito e assumindo os cuidados e responsabilidades em relação a ele. Não há, necessariamente, divisão estrita do tempo passado pela criança com cada um de seus genitores, pois a guarda compartilhada refere-se à guarda jurídica e não à fática, segundo a divisão sugerida por alguns autores.

São várias as vantagens que o modelo da guarda compartilhada apresenta. Resumidamente, poderíamos dizer que beneficia todos os envolvidos: o pai não-guardião sentir-se-ia mais próximo de seus filhos e mais participante de suas vidas. Nesse sentido, não alimentaria mais sentimentos de culpa e frustração nele presentes e contribuiria de forma mais espontânea com os proventos materiais necessários à vida do menor, uma vez que a guarda conjunta não exclui o pagamento da pensão alimentícia; ao pai guardião, uma vez que divididas as responsabilidades referentes ao menor, contaria com mais tempo para se dedicar a si mesmo, desenvolvendo atividades de lazer, profissionais, afetivas, antes prejudicadas pela quase exclusiva responsabilidade que assumia para com o menor; além disso, vez que não há supremacia de um genitor sobre o outro e ambos são favorecidos por esse sistema de guarda, as desavenças entre eles também tenderiam a abrandar-se; por fim, os filhos, que de forma alguma deveriam sofrer prejuízos em relação à ruptura da vida conjugal dos pais, poderiam contar com a presença de ambos os genitores em suas vidas. Dessa forma, não haveria danos decorrentes da falta de contato com um dos pais ou a tristeza de se ver apartado de um deles. Como vimos no decorrer do presente trabalho, a falta de contato da criança com um de seus genitores pode lhe render prejuízos graves para a saúde e seu pleno desenvolvimento físico e mental.

Cabe ressaltar que nenhum sistema de guarda de filhos apresenta-se exato, capaz de atender perfeitamente aos anseios e interesses de cada um dos envolvidos numa situação de ruptura de vida familiar. Cada modelo de guarda trará benefícios e também prejuízos a cada uma das partes. Contudo, não se pode usar esse fator como argumento para justificar uma situação já construída e instaurada – e por isso mesmo mais cômoda –, mas contrária aos princípios eleitos por nosso ordenamento jurídico, como ocorre no sistema da guarda exclusiva. Em nosso ordenamento, embora não haja previsão expressa quanto à possibilidade da guarda compartilhada, tem-se, conforme pudemos observar ao longo do presente trabalho, que ela é não apenas possível, como também a mais indicada, em vista da concretização que proporciona aos princípios constitucionais envolvidos, bem como aos inúmeros benefícios conferidos aos pais – em especial ao não-guardião – e aos filhos afetados pela dissolução do núcleo familiar.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1636 do CC/02. IN: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, ética família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ALENCAR, Raquel Alcântara de. **Guarda compartilhada: a continuidade da relação entre pais e filhos**. Disponível em: [http://www.abratef.org.br/novo/textos/detalhes.asp?txt\\_ID=1&txi\\_ID=29](http://www.abratef.org.br/novo/textos/detalhes.asp?txt_ID=1&txi_ID=29). Acesso em 12/03/07.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. Retrocesso no direito de família. IN: **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 93, 1998.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

BRITO, Leila Maria Torraca de. Guarda conjunta: conceitos, preconceitos e prática no consenso e no litígio. IN: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, ética, família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

\_\_\_\_\_. Guarda compartilhada: um passaporte para a convivência familiar. IN: APASE – Associação de Pais e Mães Separados (org.). **Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005.

CANEZIN, Claudete Carvalho. **Da guarda compartilhada em oposição à guarda unilateral**. Disponível em: [www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/claude\\_t\\_guar\\_da.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/claude_t_guar_da.doc). Acesso em 12/03/07.

CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

FRAGA, Thelma. **A guarda e o direito à visitação sob o prisma do afeto**. Niterói, RJ: Impetus, 2005.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada. IN: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Repensando o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

\_\_\_\_\_. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

LEIRIA, Maria Lúcia Luz. **Guarda compartilhada: a difícil passagem da teoria à prática.** Disponível em: [www.trf4.gov.br/.../emagis\\_guarda\\_compartilhada\\_a\\_dificil\\_passagem\\_da\\_teor\\_a\\_pratica.pdf](http://www.trf4.gov.br/.../emagis_guarda_compartilhada_a_dificil_passagem_da_teor_a_pratica.pdf). Acesso em 12/03/07.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado, volume 5: direito de família.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. **Famílias monoparentais: a situação de jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal.** 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização das relações de família. IN: BITTAR, Carlos Alberto (coord.). **O direito de família e a Constituição de 1988.** São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. Do poder familiar. IN: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de família e o novo Código Civil.** 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Guarda compartilhada: novas soluções para novos tempos. IN: **Direito de família e ciências humanas.** São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil.** São Paulo: Saraiva, 1990-1995.

MUNIZ, Francisco José Ferreira; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **Direito de Família (Direito Matrimonial).** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.

NICK, Sergio Eduardo. **Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados.** Monografia de conclusão do Curso “Direito Especial da Criança e do Adolescente”, turma 1994, Departamento de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Disponível em: [www.apase.org.br](http://www.apase.org.br). Acesso em 25/06/07.

OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. **Guarda, visitação e busca e apreensão de filho.** Rio de Janeiro, RJ: Edições trabalhistas, s/d.

PEREIRA, Áurea Pimentel. A constitucionalização do Direito de Família na carta política brasileira de 1988. IN: **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ**, v. 4, n. 15, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. A guarda conjunta de menores no direito brasileiro. IN: **AJURIS**, Porto Alegre, v. 36, março, ano XIII – 1986.

\_\_\_\_\_. Tendências modernas do direito de família. IN: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 628, fevereiro, ano 77 – 1988.

PERES, Luiz Felipe Lyrio. **Guarda compartilhada**. Trabalho acadêmico. Curso de Direito, Centro Universitário do Espírito Santo (UNESC). Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3533>. Acesso em 13/03/07.

ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. **O pátrio poder (estudo teórico-prático)**. Rio de Janeiro: Livraria Tupã Editora, 1960.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: volume 6**. 27 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, Evandro Luiz. Guarda de filhos: aspectos psicológicos. IN: APASE – Associação de Pais e Mães Separados (org.). **Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005.

SILVA, Marcos Alves da. **Do pátrio poder à autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

WALD, Arnold. **A novo direito de família**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

SIMÃO, Rosana Barbosa Ciprião. O abuso de direito no exercício do poder familiar. IN: APASE – Associação de Pais e Mães Separados (org.). **Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de Filhos**. São Paulo: LTr, 1998.





This document was created with Win2PDF available at <http://www.win2pdf.com>.  
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.  
This page will not be added after purchasing Win2PDF.